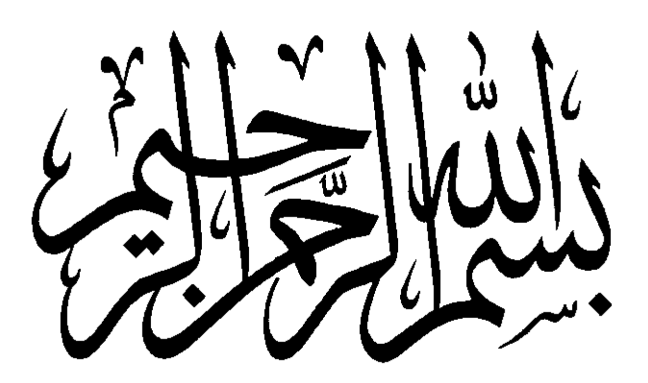

بسم الله الرحمن الرحيم





تأليف

سماحة آية الله العظمى

الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء قدس سره

(١٢٩٤ - ١٣٧٣هـ)

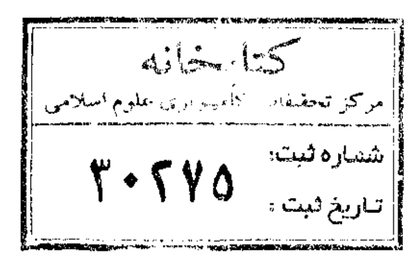
تحقيق
الشيخ محمد الساعدي

إشراف
آية الله الشيخ محمد مهدي الآصفي

الجزء الثالث

آل كاشف الغطاء، محمد حسين، ١٨٧٧ — ١٩٥٤م. شارح.
تحرير المجله/ تأليف محمدحسين كاشف الغطاء؛ اشراف محمدمهدى الاصفى؛ تحقيق محمد الساعدى. — قم: المجمع العالمى للتقريب بين المذاهب الاسلامية. مديريه النشر والمطبوعات، ١٤٢٣ق. - ١٣ -.
ج.
(ج. ٢)ISBN 964-7994-12-4.-(دوره) ISBN 964-7994-22-4
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا.
عربى.
كتابنامه به صورت زيرنويس.
ج. ٣ (چاپ اول: ١٣٨٣) ISBN 964-7994-54-0
١. معاملات (فقه) - - قوانين و احكام. ٢. فقه - - قواعد. ٣. مجله احكام عدليه - - نقد و تفسير. ٤. حقوق تطبيقى. الف. آصفى، محمدمهدى، ١٣١٧ - ، گردآورنده. ب. ساعدى، محمد، محقق. ج. مجمع جهانى تقريب مذاهب اسلامى. مديريت انتشارات ومطبوعات. د. عنوان. هـ عنوان: مجله احكام عدليه. شرح.
BP ١٩٠ /آ ٧ ت ٣ ٢٩٧/٣٧٢
كتابخانه ملى ايران ٨٣٢١ — ٨٢م





المجمع العالمى للتقريب بين المذاهب الإسلامية

اسم الكتاب: تحرير المجله — الجزء الثالث
المؤلف: محمد حسين كاشف الغطاء
التحقيق: محمد الساعدي
الناشر: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية _ المعاونية الثقافية
الطبعة: الاولى — ١٤٢٥ هـ.ق ٢٠٠٤ م
الكمية: ٢٠٠٠ دورة
السعر: ٣٠٠٠ تومان
المطبعة: خاتم
ردمك: ج ٣ ٠ — ٥٤ — ٧٩٩٤ - ٩٦٤ ISBN: 964 – 7994 – 54 – 0
دوره: ٢ — ٢٢ — ٧٩٩٤ — ٩٦٤ ISBN: 964 – 7994 – 22 – 2
العنوان: الجمهورية الاسلامية في ايران _ طهران _ ص. ب: ٦٩٩٥ _ ١٥٨٧٥
تلفكس: ١٤ — ٨٣٢١٤١١ — ٢١ — ٠٠٩٨

الباب الثالث

[من أبواب الكتاب السادس ، أي : الأمانات]

في العارية

ويشتمل على فصلين

الفصل الأوّل

في المسائل المتعلّقة بعقد الإعارة وشروطها

وهاهنا مباحث :

الأوّل : إنّ (المجلّة) أدمجت العارية في مباحث الوديعة ، وجعلتها ـ أي : العارية ـ باباً من أبواب الوديعة نظراً للقدر الجامع بينهما وأنّهما من أصل واحد ـ وهو الأمانة ـ وغفلوا عن البون الشاسع بينهما والفرق العظيم ، وأنّ الوديعة ضدّ العارية تماماً ؛ ضرورة أنّ الوديعة ائتمان لمصلحة المالك ، والعارية ائتمان لمصلحة القابض ، ولهذا اختلفا في الأحكام ، فدعوى الردّ يقبل باليمين في الوديعة ، ولا يقبل في العارية ، وكذا دعوى التلف ونحوه .

والحاصل : الأولى إفراد العارية بكتاب مستقلٍّ كما صنعه عامّة فقهائنا .

وهذا سهل لا أهمية له ، إنّما المهمّ والمشكل جدّاً معرفة أنّ العارية عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول ، أو هو إيقاع يكفي فيه الصيغة من المالك .

ولعلّ هذا يبتني على قضية تعرف حقيقة هذا العقد ، وأنّه هل هو تمليك المنافع ، أو إباحة ورخصة في الانتفاع لا غير ، فهي على الأوّل عقد ، وعلى الثاني إيقاع ؟

وعند تدقيق النظر وتعمّق الفكر لا نجد العارية عند العرف تفيد أكثر من جواز الانتفاع لا أقل ولا أكثر ، وليس لها نظر إلى قضية التمليك أصلاً ، وكذا لو أنّ المستعير وهب المنافع أو صالح عليها أو نقلها بغير إذن المالك أو

إجازته إلى الغير بأحد الأسباب الناقلة كان ذلك عدواناً منه وعملاً باطلاً ، ولو أنّه ملك المنافع بالعارية لجاز له كلّ ذلك ، فليتدبّر .

الثاني : أنّهم ذكروا [١] : أنّ العارية تشدّد وتخفّف ، من التعاور بمعنى : التداول من يد إلى يد ، ومثلها العارة ، و الجمع : عواري ، وفعلها : اعتور ، أو من أعاره إعارةً بمعنى : أخذه وذهب بسرعة ، وربّما رجع إلىٰ الأوّل ، أو من عراه بمعنى قصده [٢] أو من العار ، وهو أوهن الجميع ؛ فإنّ العار يائي والعارية واوي ، ولذا تجمع علىٰ عواري .

ولا يحسن إطالة البحث في هذا ؛ فإنّ معنى العارية استعمالاً عند الشرع والعرف أجلى من كلّ تلك المآخذ .

وله إطلاقان :

أحدهما : عند المتشرّعة ـ أعني : الفقهاء ـ حيث يقولون : كتاب العارية ، وأحكام العارية ، وأمثال ذلك ، فإنّهم يريدون به : ذلك العقد أو الإيقاع الذي يفيد تمليك المنافع أو إباحتها مجّاناً .

ثانيهما : عند العرف حيث يقولون : هذا الثوب عارية ، وهذا الكتاب مستعار أو عارية ، ويريدون به : العين التي أباح المالك منافعها أو ملّكها لغيره مجّاناً .

فهي تطلق على اسم المعنى مرّةً ، وعلى اسم العين أُخرى ، وأصحّ

---

(١) قارن : المجموع ١٤ : ١٩٩ ، المهذّب البارع ٣ : ١٠ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٥ ـ ٣٤٦ ، المسالك ٥ : ١٣١ ، الحدائق ٢١ : ٤٧٥ ـ ٤٧٦ .

(٢) لاحظ لسان العرب ٩ : ٤٧١ .

مآخذها التعاور بمعنى : التداول سواء جعلناها مصدراً أو اسم مصدر أو اسم عين .

الثالث : إنّ الظاهر من مصاديق العارية المتداولة بين الناس أنّها إباحة الانتفاع بالعين مجّاناً ، فهي إلى الإيقاع أقرب منها إلى العقد .

ولكنّ المشهور بين الفريقين أنّها من العقود [١] وهو صريح (المجلّة) [في :]

(مادّة : ٨٠٤) الإعارة تنعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي .

مثلاً : لو قال شخص لآخر : أعرتك مالي هذا ، أو قال : أعطيتك إيّاه عاريةً ، فقال الآخر : قبلت ، أو قبضه ولم يقل شيئاً ، أو قال رجل لإنسان : أعطني هذا المال عاريةً ، فأعطاه إيّاه ، انعقدت الإعارة [٢] .

---

(١) لاحظ : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٢ ، بداية المجتهد ٢ : ٣١١ ، المغني ٥ : ٣٥٦ ، المسالك ٥ : ١٣١ ، الحدائق ٢١ : ٤٧٩ ، الجواهر ٢٧ : ١٥٦ .

(٢) ورد : (أو بالتعاطي) بدل : (وبالتعاطي) ، و : (واحد) بدل : (شخص) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٧ .
ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ٢ : ٢٩٥ .
والمذكور في المادّة هو رأي الحنفيّة ، أي : عدم اشتراط القول في القبول ، فتنعقد العارية عندهم بكلّ لفظ يدلّ عليها ولو مجازاً أو بغير لفظ كالقبض ، خلافاً لزفر ، فإنّه ـ أي : اشتراط اللفظ في القبول ـ ركن عنده .
وأمّا الصحيح عند الشافعيّة : فإنّه لابدّ من اللفظ للقادر عليه ، أو الكتابة مع النيّة ، وفي غير الصحيح أنّها تجوز بالفعل .
وذهب المالكيّة والحنابلة إلىٰ : أنّ الصيغة هي كلّ ما يدلّ على الإعارة من لفظ أو إشارة أو فعل .

←

وهذا هو الذي يظهر من المحقّق في (الشرائع) حيث قال (رضوان الله عليه) : (وهي : عقد ثمرته التبرّع بالمنفعة) (١) .

ولكنّه أصاب حيث قال في آخرها : (ولا يجوز إعارة العين المستعارة، إلّا بإذن المالك ، ولا إجارتها ؛ لأنّ المنافع ليست مملوكة للمستعير وإن كان له استيفاؤها) (٢) انتهى .

وقد ردّ بهذا كلّ من توهّم أو عبّر عن العارية : بأنّها تمليك المنفعة للمستعير (٣) .

ومن تأمّله وجده كالصريح في أنّ حقيقتها إيقاع وإن وقعت بصورة العقد واشتملت على الإيجاب والقبول ، فإنّه صورة عقد لا عقد حقيقة .

ولا ينبغي الريب في هذا ، كما لا ريب في جريان المعاطاة فيها عقداً كانت أو إيقاعاً ، فالعقد يقع ـ كما تشعر به هنا عبارة (المجلّة) ـ بكلّ ما دلّ عليها من الألفاظ شأن العقود الجائزة عموماً وإن كان أقصى ما تنتهي العارية إليه هو الإذن ، والإذن لا يحتاج إلى إيجاب وقبول ، وأيضاً فإنّ العقود التزامات وتعهّدات ، والعارية لا التزام فيها ولا تعهّد .

← راجع : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٠ ، المغني ٥ : ٣٥٩ ، شرح الكنز للعيني ٢ : ١٤١ ، نهاية المحتاج ٥ : ١٢٤ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٧١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٧٧ .

(١) الشرائع ٢ : ٤٠٨ .

(٢) لاحظ المصدر السابق ٢ : ٤١٠ .

(٣) كالحنفية والمالكيّة ، حيث عبّروا عن العارية بذلك .

انظر : تبيين الحقائق ٥ : ٨٣ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٦٨ ، مواهب الجليل ٥ : ٢٦٨ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٧٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ .

نعم، لا مانع من وقوعها بصورة العقد، كما عرفت.

ومن الغريب أنّ السيّد الأُستاذ ﷺ في (العروة) تردّد في جملة من العقود التي لا ينبغي الريب في عقديتها، كالضمان والحوالة والوكالة، ثمّ جزم أخيراً بأنّها إيقاعات [١]، ولم يذكر العارية منها وهي أحقّ بالذكر والجزم بكونها إيقاعاً ! أمّا تلك العقود فلا ريب في كونها عقوداً، ولا سيّما الضمان والحوالة.

وعلى كلٍّ، فإحراز الرضا الفعلي من المالك قولاً وفعلاً بانتفاع شخص بماله كافٍ في جواز التصرّف والانتفاع، ويكون عاريةً، وتجري عليه أحكامها سواء كانت عقداً أو إيقاعاً، كما صرّح به المحقّق في عبارته المتقدّمة، فتدبّره جيّداً.

(مادّة : ٨٠٥) سكوت المعير لا يعدّ قبولاً .

فلو طلب شخص من آخر إعارة شيء فسكت ثمّ أخذه المستعير كان غاصباً [٢].

السكوت لا يعدّ قبولاً ولا يدلّ على الرضا، إلّا في موارد مخصوصة يكون شاهد الحال فيها دليلاً على الرضا، أمّا السكوت بذاته فلا يدلّ على شيء، وقد تقدّم في (الجزء الأوّل) ـ في القواعد الكلّية ـ **(مادّة : ٦٧) لا**

---

(١) العروة الوثقىٰ ٢ : ٥٣٤ و ٥٦٠ .

(٢) ورد : (رجل) بدل : (شخص)، ووردت زيادة : (صاحب ذلك الشيء) بعد : (فسكت) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٧ .
ووردت الزيادة كذلك في درر الحكّام ٢ : ٢٩٧ .
قارن : البحر الرائق ٧ : ٢٨٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٤ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٧٧ .

ينسب إلى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان [(١)] .

والقصاري : أنّه لا خصوصية في العارية ولا غيرها في عدم الاكتفاء بالسكوت وأنّ المدار في جميع موارده على القرائن الحالية ، فإن دلّت على الرضا فهو ، وإلّا فالسكوت ليس له أيّ أثر .

ومن هنا يندفع سؤال الفرق بين الوديعة وبين العارية حيث اكتفت (المجلّة) بالسكوت في الأُولى دون الثانية ، كما نصّت عليه (**مادّة : ٧٧٣**) [(٢)] فإنّ القرينة هناك دلّت على الرضا لا السكوت ، ولو حصل في العارية لكفىٰ ، لكنّها في الغالب لا تحصل ، فافهم هذا جيّداً .

ثمّ إنّ من المتّفق عليه أنّ العارية ـ كالوديعة ـ عقداً كانت أو إيقاعاً جائزة [(٣)] بمعنى : أنّ للمعير أن يرجع متى شاء ؛ لأنّها ـ في الحقيقة ـ ليست إلّا الإذن بالتصرّف ، كما عرفت وتعرف في :

(مادّة : ٨٠٦) للمستعير أن يرجع عن الإعارة متى شاء [(٤)] .

---

(١) تقدّم ذلك في ج ١ ص ١٧٨ .

(٢) تقدّمت هذه المادّة في ج ٢ ص ٤٤٥ .

(٣) هذا ما عليه الإماميّة وغيرهم ، إلّا أنّه قد ذهب مالك إلىٰ : لزوم العارية مطلقاً .

قال ابن رشد : (إلّا أنّ مالك قال في المشهور : ليس للمعير استرجاع العارية قبل الانتفاع ، وإن شرط مدّة ما لزمته تلك المدّة) . (بداية المجتهد ٢ : ٣١١ ـ ٣١٢) .

وراجع : المغني ٥ : ٣٦٤ ، المجموع ١٤ : ٢٠٧ ، المسالك ٥ : ١٣٤ ، الحدائق ٢١ : ٤٨٠ و٤٩٧ ، الرياض ٩ : ٤٤٠ ، الجواهر ٢٧ : ١٥٩ ، اللباب ٢ : ٢٠٢ .

(٤) ورد : (للمعير) بدل : (للمستعير) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٨ ، درر الحكّام ٢ : ٢٩٨ .

←

و(مادّة : ٨٠٧) تنفسخ الإعارة بموت المعير والمستعير [١] .

بل يرتفع الإذن بموت أحدهما ؛ لزوال الموضوع ، والتعبير بالانفساخ تسامح .

(مادّة : ٨٠٨) يشترط كون المستعار صالحاً للانتفاع به .

بناءً عليه لا تصحّ إعارة الحيوان الناد الفارّ ، ولا استعارته [٢] .

إن كان الحيوان الفارّ ممّا يستبعد في العادة عوده ـ كالطير الوحشي الذي صاده ثمّ طار أو السمك الذي رجع إلى الماء ـ كانت العارية لغواً ؛ لعدم موضوع لها ، وإن كان ممّا يمكن عوده عادةً أو يمكن ـ ولو للمستعير ـ تحصيله فلا مانع من صحّة العارية .

(مادّة : ٨٠٩) يشترط كون المعير والمستعير عاقلين مميّزين ، ولا يشترط كونهما بالغين .

← قارن : الفقه النافع ٣ : ٩٤٧ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٧٤ ، شرح الكنز للعيني ٢ : ١٤١ ، الإنصاف ٦ : ٩٦ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ و٣٧٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٧٨ .

(١) ورد : (أو) بدل : (و) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٨ .
وورد المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٩٩) بلفظ :
(تنفسخ الإعارة بموت أيّ واحد من المعير والمستعير) .
انظر تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤١٣ و٤١٦ .

(٢) ورد : (أن يكون الشيء) بدل : (كون) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٨ ، درر الحكّام ٢ : ٣٠٠ .
لاحظ : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٢ ، الفروع للمحلّي ١ : ٢٨٤ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٧٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٨٣ .

بناءً عليه لا تجوز إعارة المجنون ولا الصبي غير المميّز ، أمّا الصبي المأذون فتجوز إعارته واستعارته (١) .

اعتبار قيد التمييز ـ بعد اعتبار قيد العقل ـ مستدرك عند أُولي التمييز .

أمّا عند الإماميّة فالبلوغ معتبر في جميع المعاملات ، ولا يكفي التمييز ، إلّا في موارد مخصوصة ، كوصية من بلغ عشراً ، ونحوها من أعمال البرّ والمعروف (٢) .

ويمكن ـ على القول : بأنّ العارية إباحة (٣) ـ اندراجها في ذلك على تأمّل .

(مادّة : ٨١٠) القبض شرط في العارية ، فلا حكم لها قبل القبض (٤) .

لم نجد لفقهائنا ولا لفقهاء المذاهب نصّاً على هذا الشرط (٥) .

---

(١) ورد : (أن يكون) بدل : (كون) ، و : (بلوغهما) بدل : (كونهما بالغين) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٩ .

ووردت زيادة : (واستعارة) بعد كلمة : (إعارة) في درر الحكّام ٢ : ٣٠١ .

راجع : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٢ ، حاشية البجيرمي علىٰ شرح الخطيب ٣ : ١٥٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٨٣ .

(٢) تقدّم ذكر ذلك في ج ١ ص ٣٧٤ ، ولاحظ العناوين ٢ : ٦٧٤ وما بعدها .

(٣) كما هو تعريفها عند الشافعيّة .

انظر : المجموع ١٤ : ٢٠٣ ، مغني المحتاج ٢ : ٢٦٣ .

(٤) راجع : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ .

(٥) الذي يظهر من استقراء كلمات فقهاء الفريقين ما ذكره المصنّف ﷺ .

←

وبناءً على كونها عقداً فحال القبض بالنسبة إليها حال سائر العقود .

أمّا بناءً على كونها إباحة ورخصة فلا معنى لاعتبار القبض فيها أصلاً ، كما هو واضح .

(مادّة : ٨١١) يلزم تعيين المستعار .

وبناءً عليه إذا أعار شخص إحدى دابّتين بدون تعيين ولا تخيير لا تصحّ الإعارة ، بل يلزم أن يعيّن المعير منهما الدابّة التي يريد إعارتها .

لكن إذا قال المعير للمستعير : خذ أيّهما شئت عاريةً ، وخيّره ، صحّت العارية [(١)] .

ليس معنى هذا لزوم التعيين ، بل معناه : أنّ الإبهام مفسد للعارية .

فإذا أعاره إحدى الدابّتين وجعل الخيار له أو للمستعير صحّ ؛ لعدم الإبهام ، فتتوجّه العارية إلى ما يقع عليه الاختيار .

أمّا لو أعاره واحدة منهما من دون تعيين ولا تخيير بطلت ؛ للإبهام ، فتأمّله ، فإنّه لا يخلو من دقّة .

← ولكن عثرنا علىٰ من صرّح بهذا الشرط ، كالكاساني وغيره .

راجع : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٢ ، المجموع ١٤ : ٢٠٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ .

(١) لم ترد كلمة : (شخص) ، وورد : (ولكن) بدل : (لكن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٩ .

وورد : (**خيّره قائلاً : خذ أيّهما شئت عاريةً ، صحّت العارية**) بدل : (**قال المعير للمستعير : خذ أيّهما شئت عاريةً ، وخيّره ، صحّت العارية**) في درر الحكّام ٢ : ٣٠٣ .

وللمقارنة لاحظ حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٧٧ .

الفصل الثاني

في بيان أحكام العارية وضماناتها

(مادّة : ٨١٢) المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل .

بناءً عليه ليس للمعير أن يطلب من المستعير أُجرةً بعد الاستعمال[١] .

هذا هو قوام حقيقة العارية ، وهو إمّا إباحة المنافع ، أو تمليكها بلا عوض ، وهذا هو الفارق بينها وبين الإجارة .

(مادّة : ٨١٣) العارية أمانة في يد المستعير ، فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان .

مثلاً : إذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير قضاءً بلا عمد ، أو زلقت رجل المستعير فانصدمت على مرآة فانكسرت ، لا يلزمه الضمان .

وكذا لو وقع على البساط المعار شيء ، فتلوّث به ونقصت قيمته ،

---

(١) ورد : (فليس) بدل : (بناءً عليه ليس) ، و : (أُجرتها) بدل : (أُجرة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٠ .

وورد التغيير الأوّل فقط في درر الحكّام ٢ : ٣٠٥ .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ .

فلا يضمن [١] .

من الشائع المعروف على ألسنة المتفقهة عندنا أنّ العارية لا تضمن ، إلّا عارية الذهب والفضة ، وإلّا مع الشرط ، وهي العارية المضمونة [٢] ، والظاهر أنّ هذا ممّا تفرّدت به الإماميّة .

فقد تظافرت نصوص أهل البيت عليهم‌السلام أنّ العارية لا تضمن إلّا ما كان

---

(١) ورد : (فلا يلزمه) بدل : (لا يلزم) ، ولم ترد كلمة : (قضاء) ، وورد : (رجله) بدل : (رجل المستعير) ، و : (فسقطت المرآة) بدل : (فانصدمت على مرآة) ، و : (يلزم) بدل : (يلزمه) ، و : (ضمان أيضاً) بدل : (يضمن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٠ .
وورد التغيير الثاني والثالث والرابع ، وكذلك ورد : (ضمان) بدل : (يضمن) في درر الحكّام ٢ : ٣٠٥ .
هذا ، وقد قال الطوسي : (العارية أمانة غير مضمونة ، إلّا أن يشرط صاحبها الضمان ، فإن شرط ذلك كانت مضمونة ، وإلّا فلا ، إلّا أن يتعدّىٰ فيها ، فيجب عليه حينئذٍ ضمانها .
وبه قال قتادة وعبيد الله بن الحسن العنبري وأبو حنيفة ومالك والنخعي والشعبي والحسن البصري ، إلّا أنّهم لم يضمّنوها بالشرط .
وقال ربيعة : العواري مضمونة ، إلّا موت الحيوان ، فإنّه إذا استعاره ثمّ مات في يده لم يضمنه .
وقال الشافعي : هي مضمونة ، شرط ضمانها أو لم يشرط ، تعدّىٰ فيها أو لم يتعد .
وبه قال ابن عبّاس وأبو هريرة وعطاء وأحمد وإسحاق) . (الخلاف ٣ : ٣٨٧) .
انظر : المحلّىٰ ٨ : ١٣٨ ، النتف في الفتاوىٰ ٢ : ٥٨٣ ، بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٨ ، المغني ٥ : ٣٥٦ ، فتح العزيز ١١ : ٢١٧ ـ ٢١٨ ، المجموع ١٤ : ٢٠٤ ـ ٢٠٥ ، تبيين الحقائق ٥ : ٨٤ ، شرح الكنز للعيني ٢ : ١٤١ ـ ١٤٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ ، اللباب ٢ : ٢٠٢ .

(٢) وكذلك هو المعروف علىٰ ألسنة الفقهاء ، حيث ادّعي الإجماع علىٰ المسألة في : المسالك ٥ : ١٥٤ و ١٥٥ ، والرياض ٩ : ٤٤٧ .

من ذهب أو فضة [١] فهي مضمونة ، إلّا أن يشترط عدم ضمانها .

فأسباب ضمان العارية ثلاثة :

الأوّل : التعدّي والتفريط .

الثاني : اشتراط ضمانها .

الثالث : كونها من ذهب أو فضة وإن لم يشترط ، إلّا أن يشترط عدمه .

وموارد التعدّي لا تعدّ ، وقد أشارت (المجلّة) إلى بعضها في :

(مادّة : ٨١٤) إذا حصل من المستعير تعدٍّ أو تقصير بحقّ العارية ثمّ هلكت أو نقصت قيمتها فبأيّ سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان .

إلى قولها : **وكذلك إذا استعار إنسان حلياً ، فوضعه على صبي وتركه بدون أن يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلي ، فإن كان الصبي قادراً على حفظ الأشياء التي عليه لا يلزم الضمان ، وإن لم يكن قادراً لزم المستعير الضمان** [٢] .

---

(١) راجع : الكافي ٥ : ٢٣٨ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ و١٨٤ ، الوسائل العارية ٣ : ١ ـ ٤ (١٩ : ٩٦ ـ ٩٧) .

(٢) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ٢ : ٣١٧ ـ ٣١٨ .

ووردت عبارة : (**ضمن المستعير أيّاً كان سبب الهلاك أو النقصان**) بدل عبارة : (**فبأيّ سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥١ .

ونصّ المادّة الذي لم يذكره المصنّف ﷺ ـ على ما في المصدر السابق ـ هو :

←

كلّ ذلك ؛ لأنّ التقصير والتجاوز يخرجه عن الأمانة ، فيكون ضامناً مطلقاً سواء كان التلف سماوياً بعد ذلك أو غير سماوي .

كما أنّ وضع الحلي المستعار على الصبي بغير إذن المعير تقصير يوجب الضمان بالتلف مطلقاً .

(مادّة : ٨١٥) نفقة المستعار على المستعير .

بناءً عليه لو ترك المستعير الدابّة المعارة بدون علف فهلكت ضمن [١] .

→ (مثلاً : إذا ذهب المستعير بالدابّة المعارة إلىٰ محلٍّ مسافته يومان في يوم واحد ، فتلفت تلك الدابّة ، أو هزلت ونقصت قيمتها ، لزم الضمان .

وكذا لو استعار دابّة ليذهب بها إلىٰ محلٍّ معيّن ، فتجاوز بها ذلك المحلّ ، ثمّ هلكت الدابّة حتف أنفها ، لزم الضمان أيضاً) .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٨١ ، تبيين الحقائق ٥ : ٨٤ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ و ٣٦٨ .

(١) ورد : (فلو) بدل : (بناءً عليه لو) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٢ .

ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ٢ : ٣١٢ .

والمذكور في (المجلّة) هو مذهب الحنفيّة ، والمذهب غير المعتمد عند المالكيّة ، وهو اختيار القاضي حسين من الشافعيّة ، وذلك لأنّ المعير فعل معروفاً ، فلا يليق أن يشدّد عليه .

وقال بعض المالكيّة : إنّ النفقة علىٰ المستعير في الليلة والليلتين ، وعلىٰ المعير في المدّة الطويلة ، كما في المواق ، وقد عكس ذلك عبد الباقي الزرقاني .

ومذهب الشافعيّة ـ ما عدا القاضي حسين ـ والحنابلة ، وهو المعتمد عند المالكيّة : أنّ نفقة العارية التي بها بقاء تلك العارية ـ كالطعام ـ مدّة الإعارة علىٰ مالكها ؛ لأنّها لو كانت علىٰ المستعير لكان كراءً ، وربّما كان ذلك أكثر من الكراء ، فتخرج العارية عن المعروف إلىٰ الكراء ، ولأنّ تلك النفقة من حقوق الملك .

←

تقدّم في (صفحة ١٦٦) من (الجزء الثاني) احتمال ذلك [١] ، ولكنّه محلّ نظر ، بل الأصل الأوّلي يقتضي كونها على المالك ، وإلاّ كانت أشبه بالإجارة التي هي تمليك بعوض .

هذا مع الإطلاق ، أمّا مع الشرط فلا ريب أنّه هو المتّبع .

(مادّة : ٨١٦) إذا كانت الإعارة مطلقة ، أي : لم يقيّدها . . . [٢] .

حاصل هذه المادّة والتي بعدها [٣] : أنّ العارية تارةً تقع مطلقة ، فتقيّد

← انظر : المبدع ٥ : ١٢ ، شرح الكنز للعيني ٢ : ١٤٣ ، الإنصاف ٦ : ١٠٨ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥١ ، مغني المحتاج ٢ : ٢٦٧ ، الفروع للمحلّي ١ : ٢٨٦ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٧٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٢ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٨٤ .

(١) هذا حسب الطبعة القديمة ، أمّا حسب هذه الطبعة فراجع ج ٢ ص ٨١ .

(٢) تكملة المادّة ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٢ ـ هي :

(المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أيّ مكان وزمان شاء علىٰ الوجه الذي يريده ، ولكن يقيّد ذلك بالعرف والعادة .

مثلاً : إذا أعار رجل دابّة علىٰ الوجه المذكور إعارة مطلقة فالمستعير له أن يركبها إلىٰ حيث شاء في الوقت الذي يريده ، وإنّما ليس له أن يذهب بها إلىٰ المحلّ الذي مسافة الذهاب إليه ساعتان في ساعة واحدة .

كذلك إذا استعار حجرة في خان استعارة مطلقة كان له أن يسكنها وأن يضع فيها أمتعته ، ولكن ليس له أن يستعملها علىٰ خلاف العادة ، كأن يشتغل فيها ـ مثلاً ـ بصنعة الحدادة) .

راجع : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٤ ـ ٣٧٥ ، المجموع ١٤ : ٢١٠ ، تبيين الحقائق ٥ : ٨٦ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ ، اللباب ٢ : ٢٠٢ ـ ٢٠٣ .

(٣) ونصّها ـ علىٰ ما في درر الحكّام ٢ : ٣١٥ ـ هو :

(إذا كانت الإعارة مقيّدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد ، فليس للمستعير مخالفته .

مثلاً : إذا استعار دابّة ليركبها أربع ساعات ، وكذلك استعار فرساً ليركبه إلىٰ محلّ ، فليس له

←

بالعرف والعادة ، فلو تجاوزهما وعطبت ضمن ، وتارةً تقع مقيّدة ، فلو تجاوز القيد ضمن مطلقاً سواء تجاوزه إلى المساوي أو الأعلى أو الأدنى ، ولا حاجة إلى كلّ ذلك التطويل .

ومن هنا تعرف الخلل في :

(مادّة : ٨١٨) إذا قيّدت الإعارة بنوع ...(١) .

فإنّ ذكر المعير لنوع من الأنواع إن كان على نحو القيدية لا يجوز التجاوز عنه حتّى إلى الأدنى والأخفّ ؛ لعدم الإذن فيه .

غايته أنّ قرائن المقام غالباً تدلّ على أنّ المراد بالقيد هو التحديد بالنسبة إلى الأشدّ لا الأخفّ ، وأنّ الملحوظ رعاية العناية بالعين والمحافظة عليها ، أمّا مع الشكّ وعدم القرينة المفيدة للعلم فلا يجوز التعدّي .

وأوهى من هذا كلّه ما في :

← **أن يركبه إلىٰ محلٍّ غيره)** .

لاحظ المصادر المذكورة في الهامش السابق .

(١) تكملة المادّة ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٣ ـ هي :

(من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع إلىٰ ما فوقه ، لكن له أن يخالف باستعمال العارية إلىٰ ما هو مساوٍ لنوع الاستعمال الذي قيّدت به أو أخفّ منه .

مثلاً : لو استعار دابّة ليحمّلها حنطة فليس له أن يحمّلها حديداً أو حجارةً ، وإنّما له أن يحمّلها شيئاً مساوياً للحنطة أو أخفّ منها .

وكذا لو استعار دابّة للركوب فليس له أن يحمّلها ، وأمّا الدابّة المستعارة للحمل فإنّها تركب) .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٥ ، تبيين الحقائق ٥ : ٨٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ ، اللباب ٢ : ٢٠٢ ـ ٢٠٣ .

(مادّة : ٨١٩) إذا كان المعير أطلق الإعارة بحيث لم يعيّن ...[1] .

فقد مرّت عليك الإشارة إلى أنّ إطلاق العارية يقتضي اقتصار المستعير في الانتفاع بنفسه ولا يجوز التعدّي إلى غيره ، إلّا أن يصرّح له بالتجاوز[2] ، فإن العارية ـ سواء كانت تمليكاً أو إباحةً ـ هي على خلاف الأصل ؛ لأنّه تمليك مجّاني .

فالقدر المتيقّن من قول المالك : أعرتك حجرتي ، جواز سكناه فيها بنفسه أو مع من يتّصل به عادةً ، ولا يشمل الأجنبي قطعاً .

ولو أعاره الفرس لا يجوز أن يدفعها المستعير ليركبها غيره ، إلّا مع تصريح المالك .

ومن هذا يظهر الاضطراب في :

(مادّة : ٨٢٠) يعتبر تعيين المنتفع في إعارة الأشياء التي تختلف

---

(١) تكملة المادّة ـ علىٰ ما في درر الحكّام ٢ : ٣١٩ ـ ٣٢٠ ـ هي :

(المنتفع كان للمستعير أن يستعمل العارية علىٰ إطلاقها .

يعني : إن شاء استعملها بنفسه ، وإن شاء أعارها لغيره ليستعملها سواء أكانت ممّا لا يختلف باختلاف المستعملين كالحجرة ، أم كانت ممّا يختلف باختلاف المستعملين كدابّة الركوب .

مثلاً : لو قال رجل لآخر : أعرتك حجرتي ، فالمستعير له أن يسكنها بنفسه وأن يسكنها غيره .

وكذا لو قال : أعرتك هذا الفرس ، كان للمستعير أن يركبه بنفسه وأن يركبه غيره) .

انظر : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٥ و٣٧٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ٨٦ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٣ و ٣٦٤ ، اللباب ٢ : ٢٠٢ ـ ٢٠٣ .

(٢) مرّت الإشارة إلىٰ ذلك في ص ٢٠ .

باختلاف المستعملين ، ولا يعتبر في إعارة الأشياء التي لا تختلف به .

إلّا أنّه إن كان المعير نهى المستعير عن أن يعطيه لغيره فليس للمستعير أن يعيره لآخر يستعمله .

مثلاً : لو قال المعير للمستعير : أعرتك هذا الفرس لتركبه أنت ، فليس له أن يركّبه خادمه ، وأمّا لو قال له : أعرتك هذا البيت لتسكنه أنت ، كان للمستعير أن يسكنه وأن يسكن فيه غيره ، لكن إذا قال له أيضاً : لا تسكن فيه غيرك ، فليس له حينئذٍ أن يسكّن فيه غيره [(١)] .

ومجال النظر فيها من وجهين :

الأوّل : أنّ اعتبار تعيين المنتفع في إعارة الأشياء التي تختلف باختلاف المستعملين ممنوع ، بل غايته أنّ المعير إن عيّن شخصاً تعيّن ، وإن أطلق انصرف إلى المستعير بنفسه ، ولا يجوز أن يتجاوز إلى غيره .

والثاني : أنّ جعل الفرس ممّا يختلف والبيت ممّا لا يختلف أيضاً محلّ منع ، فإنّ الساكنين أيضاً يختلفون باستعمال البيوت ، فلو قال له : أعرتك البيت ، فظاهر هذا اختصاص العارية به ، فلا يجوز أن يسكنها صديقه أو قريبه ، إلّا بإجازة صريحة خاصّة أو عامّة .

---

(١) ورد : (إذا كان) بدل : (إن كان) ، و : (إعطائه) بدل : (أن يعطيه) ، و : (ليستعمله) بدل : (يستعمله) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٥ .

وورد التغيير الأخير ، وكذلك ورد : (يركّب خادمه إيّاه) بدل : (يركّبه خادمه) في درر الحكّام ٢ : ٣٢٢ .

قارن : تبيين الحقائق ٥ : ٨٦ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٨ ـ ٣٤٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٤ .

والقصارى : أنّ المتّبع مقدار الإذن وأخذ المتيقّن من كلامه .

وكلّ مورد يشكّ فيه فالأصل عدم الجواز ، وعليه تبتني :

(مادّة : ٨٢١) لو استعير فرس بأن يركب إلى محلٍّ معيّن [. . .][١] إلى آخرها .

فإنّ العارية والإذن ـ مع الإطلاق ـ ينصرف إلى المتعارف ، ويبقى غيره مشكوكاً ، والأصل عدم الجواز .

فلو تجاوز المتعارف ترتّب الضمان عليه بالتلف حتّىٰ مع عدم التعدّي والتفريط .

(مادّة : ٨٢٢) إذا طلب شخص من امرأة إعارة شيءٍ هو ملك زوجها ، فأعارته إيّاه بلا إذن الزوج ، فضاع ، فإن كان ذلك الشيء ممّا هو داخل البيت وفي يد الزوج عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة أيضاً ، وإن لم يكن ذلك الشيء من الأشياء التي تكون في يد النساء ـ كالفرس ـ فالزوج مخيّر إن شاء ضمّنه لزوجه ، وإن شاء ضمّنه للمستعير[٢] .

---

(١) تكملة المادّة ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٥ ـ ٤٥٦ ـ هي :

(فإن كانت الطرق إلىٰ ذلك المحلّ متعدّدة كان للمستعير أن يذهب من أيّ طريق شاء من الطرق التي اعتاد الناس الذهاب فيها .

أمّا لو ذهب في طريق ليس معتاداً السلوك فيه فهلك الفرس لزم الضمان .

وكذلك لو ذهب من طريق غير الذي عيّنه المعير فهلك الفرس ، فإن كان الطريق الذي سلكه المستعير أطول من الطريق الذي عيّنه المعير ، أو غير أمين ، أو خلاف المعتاد ، لزمه الضمان) .

انظر : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٥ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٩٦ .

(٢) ورد : (رجل) بدل : (شخص) ، و : (زوجته) بدل : (لزوجه) ، و : (المستعير) بدل : ←

العبارة ـ مضافاً إلى سوء التعبير من حيث العربية في : (**ضمّنه لزوجه**) ـ قاصرة عن بيان المراد .

ومحصّلها : أنّ المرأة إذا أعارت شيئاً من أثاث البيت الذي هو في ملك الزوج ، ولكنّه في يدها ؛ لأنّه من مرافق الحياة البيتية ، فأعارته وتلف عند المستعير من غير تقصير ، فلا ضمان عليها ولا على المستعير ، وإن لم يكن في يدها ـ كالفرس والكتاب مثلاً ـ فالزوج مخيّر بين تضمين الزوجة وترجع على من تلف المال بيده ، أو تضمين المستعير ، فإن كان مغروراً منها رجع عليها ، وإلاّ فلا .

ولكن عدم الرجوع في الشقّ الأوّل مشروط بوجود إذن الفحوى وقرائن الحال برضا الزوج أن تعير شيئاً ممّا في يدها من أمواله ، وإلاّ فهي ضامنة أيضاً .

ومن هنا تعرف القصور أيضاً في عبارة (المجلّة) هنا لفظاً ومعنىً .

(مادّة : ٨٢٣) ليس للمستعير أن يؤجّر العارية ولا أنّ يرهنها بدون إذن المعير .

فإذا استعار مالاً ليرهنه على دين في بلد ، فليس له أن يرهنه على دين في بلد آخر ، فإذا رهنه فهلك لزمه الضمان [١] .

← (للمستعير) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٦ .

وورد : (يد الزوجة) بدل : (يد الزوج) ، و : (لزوجته) بدل : (لزوجه) ، وذلك في درر الحكّام ٢ : ٣٢٥ .

لاحظ : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٨ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤١٧ .

(١) ورد : (وإذا استعار) بدل : (فإذا استعار) ، و : (بدين عليه) بدل : (علىٰ دين) في موضعين ←

ويكشف عن عدم ملكية المستعير للمنافع ، وإلاّ فلو كان مالكاً لها لجاز نقلها إلى غيره بإجارة وصلح أو غيره .

أمّا الرهن فلا يصحّ بدون الإذن الصريح ؛ لأنّ الرهن يقف على الملك والمستعير غير مالك .

(مادّة : ٨٢٤) للمستعير أن يودع العارية عند آخر ، فإذا هلكت في يد المستودع بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان .

مثلاً : إذا استعار دابّة على أن يذهب بها إلى محلّ كذا ثمّ يعود ، فوصل إلى ذلك المحلّ ، فتعبت الدابّة وعجزت عن المشي ، فأودعها عند شخص ، ثمّ هلكت حتف أنفها ، فلا ضمان [(١)] .

← من المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٧ .
وورد التغيير الأوّل ، وكذلك وردت زيادة لفظة : (عليه) بعد كلمة : (دين) في موضعين من المادّة في درر الحكّام ٢ : ٣٢٥ .
راجع : تبيين الحقائق ٥ : ٨٥ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٧٩ - ١٨٠ ، شرح الكنز للعيني ٢ : ١٤٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٨ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٤ ، اللباب ٢ : ٢٠٢ .

(١) ورد : (ليذهب) بدل : (علىٰ أن يذهب) ، و : (رجل) بدل : (شخص) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٧ - ٤٥٨ .
ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ٢ : ٣٢٧ .
وهذا المذكور في (المجلّة) هو قول مشايخ العراق وبعض آخر ، وهو الصحيح عند الحنفيّة ، واختاره المالكيّة .
وأمّا الشافعيّة والحنابلة فعندهم : لا يجوز إيداع العارية ولا استعارتها ولا إجارتها .
قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٧٥ ، المغني ٥ : ٣٦١ ، المجموع ١٤ : ٢٠٩ و٢١٩ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٩٤ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٧١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٤ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٠٣ .

هذا ـ على إطلاقه ـ ممنوع ، بل هو مقيّد بصورة الحاجة والضرورة وحيث يتوقّف الحفظ على إيداعها .

أمّا مع عدم ذلك فلا يجوز له أن يودعها عند الغير ؛ فإنّه تصرّف غير مأذون فيه ، فلو تلف كان مضموناً .

ثمّ إنّ المواد المذكورة هنا في (المجلّة) من (مادّة : ٨٢٥) إلى ([مادّة :] ٨٣١) [1] كلّها واضحة لا تعليق لنا عليها سوى المادّة الأخيرة :

---

(١) نصوص هذه المواد ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٥٨ ـ ٤٦٠ ـ كما يلي :

(مادّة : ٨٢٥) متىٰ طلب المعير العارية لزم المستعير ردّها إليه فوراً ، وإذا وقّفها وأخّرها بلا عذر فتلفت أو نقصت قيمتها ضمن .

انظر : البناية في شرح الهداية ٩ : ١٩٣ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٣ و٢٨٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧١ ، اللباب ٢ : ٢٠٤ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٠٠ .

(مادّة : ٨٢٦) العارية المؤقّتة نصّاً أو دلالةً يلزم ردّها للمعير في ختام المدّة ، لكن المكث المعتاد معفو .

مثلاً : لو استعارت امرأة حلياً علىٰ أن تستعمله إلىٰ عصر اليوم الفلاني لزم ردّ الحلىٰ المستعار في حلول ذلك الوقت .

وكذلك لو استعارت حلياً علىٰ أن تلبسه في عرس فلان لزم إعادته في ختام ذلك العرس ، لكن يعفىٰ عن مرور مدّة لا بدّ منها عادة للردّ والإعادة .

راجع : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧١ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٠٠ .

(مادّة : ٨٢٧) إذا استعير شيء للاستعمال في عمل معيّن ، فمتىٰ انتهىٰ ذلك العمل تبقىٰ العارية في يد المستعير كالوديعة .

وحينئذٍ ليس له أن يستعملها ولا أن يمسكها زيادة عن المكث المعتاد ، وإذا استعملها أو أمسكها فهلكت ضمن .

لاحظ : تبيين الحقائق ٥ : ٩٠ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥١ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٠٠ و٤٠٣ .

←

....

← **(مادّة : ٨٢٨) المستعير يردّ العارية إلىٰ المعير بنفسه أو علىٰ يد أمينه ، فإذا ردّها علىٰ يد غير أمينه وهلكت أو ضاعت قبل الوصول ضمن .**

المذكور في هذه المادّة هو رأي الحنفيّة ، وذهب إليه المالكيّة .

وعند الشافعيّة : يجوز الردّ إلىٰ الحاكم عند غيبة المعير أو الحجر عليه بسفه أو فلس ، فلو ردّ الدابّة إلىٰ الإصطبل والثوب للبيت الذي أخذه منه لم يبرأ ، إلاّ أن يعلم به المالك أو يخبره به ثقة .

وكذلك لا يبرأ عندهم بالردّ إلىٰ ولده أو زوجته حتّىٰ ولو لم يجد المالك أو وكيله ، بل يجب الضمان عليهما بالردّ إليهما ، فإن أرسلا الدابّة ـ مثلاً ـ إلىٰ المرعىٰ وتلفت فالضمان عليهما ؛ لحصول التلف في يدهما ، حتّىٰ لو غرما لم يرجعا علىٰ المستعير ، ولو غرم المستعير رجع عليهما .

والحنابلة كالشافعية في أنّه إذا ردّ الدابّة إلىٰ المكان الذي أخذها منه أو إلىٰ ملك صاحبها لم يبرأ ؛ لأنّه لم يردها إلىٰ مالكها ولا نائبه فيها ، كما لو دفعها إلىٰ أجنبي .

وإن ردّها إلىٰ من جرت عادته بحصول ذلك علىٰ يديه ، كزوجته المتصرّفة في ماله ، أو ردّ الدابّة إلىٰ سائسها ، فقياس المذهب أنّه يبرأ ، وهو الذي قاله القاضي ، وقاس ذلك علىٰ الوديعة .

وقد قال إمام الحنابلة فيها : (إذا سلّمها المودع إلىٰ امرأته لم يضمنها ؛ لأنّه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً) .

قارن : المغني ٥ : ٣٥٨ ، المجموع ١٤ : ٢٠٧ ـ ٢٠٨ و٢٠٩ ، تبيين الحقائق ٥ : ٩٠ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٤ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٧٧ ـ ٥٧٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٩ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٠٢ ـ ٤٠٣ .

(مادّة : ٨٢٩) العارية إذا كانت من الأشياء النفيسة ـ كالمجوهرات ـ يلزم في ردّها أن تسلّم ليد المعير نفسه ، وأمّا ما سوىٰ ذلك من الأشياء فيكفي إيصاله المحلّ الذي يعدّ التسليم فيه تسليماً في العرف والعادة ، وكذا إعطاء العارية إلىٰ خادم المعير ، فإنّه ردٌّ وتسليم .

مثلاً : الدابّة المعارة يتمّ تسليمها بإيصالها إلىٰ إصطبل المعير ، أو تسليمها إلىٰ سائسه .

انظر : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٩ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٠٣ .

←

(مادّة : ٨٣٢) إذا كانت إعارة الأرض للزرع ـ سواء كانت مؤقّتة أو غير مؤقّتة ـ ليس للمعير أن يرجع بالإعارة ويستردّ الأرض قبل وقت الحصاد (١) .

← **(مادّة : ٨٣٠) نفقة ردّ العارية ومؤنة نقلها على المستعير .**

راجع : تبيين الحقائق ٥ : ٨٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٣ ، نهاية المحتاج ٥ : ١٢٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٢ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٠٠ .

(مادّة : ٨٣١) استعارة الأرض لغرس الأشجار والبناء عليها صحيحة .

لكن للمعير أن يرجع عن الإعارة متىٰ شاء ، فإذا رجع لزم المستعير قلع الأشجار ورفع البناء .

ثمّ إذا كانت الإعارة مؤقّتة ، فرجع المعير عنها قبل مضي الوقت ، وكلّف المستعير قلع الأشجار ورفع البناء ، فإنّه يضمن للمستعير تفاوت قيمتها مقلوعة بين وقت القلع وانتهاء مدّة الإعارة .

مثلاً : إذا كانت قيمة البناء والأشجار مقلوعة حين الرجوع عن الإعارة اثني عشر ديناراً ، وقيمتها لو بقيت إلىٰ انتهاء وقت الإعارة عشرون ديناراً ، وطلب المعير قلعها ، لزمه أن يعطي للمستعير ثمانية دنانير .

لاحظ : تبيين الحقائق ٥ : ٨٨ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٠ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٩٨ ـ ٣٩٩ .

(١) ورد : (عن الإعارة) بدل : (بالإعارة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦١ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٣٣٧) بالصيغة التالية :

(ليس للمستعير استرداد الأرض التي أُعيرت للزرع إذا رجع عن إعارته قبل وقت الحصاد سواء أكانت الإعارة مؤقّتة أم غير مؤقّتة) .

مذهب الحنفيّة ، وهو الأصحّ عند الشافعيّة ، وهو الوجه المقدّم عند الحنابلة ، وهو القول غير المعتمد عند المالكيّة : أنّ معير الأرض للزراعة إذا رجع قبل تمام الزرع وحصاده فليس له أخذها من المستعير ، بل تبقىٰ في يده بأجر المثل .

وهذا الحكم عند الحنفيّة استحسان سواء كانت الإعارة مطلقة أم مقيّدة .

وحجّتهم في ذلك أنّه يمكن الجمع بين مصلحة المعير والمستعير ، بأن يأخذ المعير أجر ←

هذا يوشك أن يكون تهافتاً مع المادّة التي قبلها الظاهرة في أنّ له الرجوع في المؤقّتة مطلقاً، غايته أنّه يضمن التفاوت.

ثمّ إنّ العارية إذا كانت مؤقّتة إلى شهر ـ مثلاً ـ وتأخّر وقت الحصاد بعده إلى شهر واثنين، ثمّ رجع المعير، فاللازم على المستعير إمّا أن يقلع الزرع ويجعله قصيلاً، أو يعطي أُجرة المدّة الباقية إلى الحصاد.

وكذا لو كانت غير مؤقّتة؛ فإنّ عدم التوقيت لا يجعلها لازمة على المعير، بل له الرجوع متى شاء على أصل قاعدة العارية المطلقة.

← المثل، فينتفي ضرره بذلك، ويبقي الزرع في الأرض حتّىٰ يُحصد، وفي ذلك مصلحة المستعير فلا يضرّ بالقلع قبل الحصاد.

وهذا هو الأصحّ عند الشافعيّة في الإعارة المطلقة إن نقص الزرع بالقلع؛ لأنّه محترم وله أمد ينتهي اليه، وتبقىٰ بأجر المثل.

ومذهب الشافعيّة في الصحيح عندهم: ألاّ أُجرة علىٰ المستعير، بل تبقىٰ الأرض في يده حتّىٰ الحصاد بلا أجر؛ لأنّ منفعة الأرض إلىٰ الحصاد.

ولهم مذهب آخر أيضاً، وهو: أنّ للمعير القلع؛ لانقطاع الإباحة.

ومذهب الحنابلة كمذهب الحنفيّة في عدم جواز الرجوع، ولكنّهم قالوا: إن كان الزرع ممّا يحصد قصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده.

ولم يتعرّض الحنفيّة ظاهراً لهذا النوع من الزرع، كالبرسيم والشعير الأخضر.

أمّا المالكيّة فلهم ثلاثة آراء في الإعارة المطلقة:

أوّلها: ما هو مذهب الحنفيّة والقول الأصحّ عند الشافعيّة، وقد ذُكر سلفاً.

وثانيها: أنّ الأرض تبقىٰ في يد المستعير المدّة التي تراد الأرض لمثلها عادةً.

وثالثها: أنّ الأرض لا تبقىٰ في يد المستعير. وهو قول أشهب.

أمّا في الإعارة المقيّدة بعمل أو أجل فلا يرجع قبل انقضاء العمل أو الأجل.

قارن: بدائع الصنائع ٨: ٣٧٧ ـ ٣٧٨، المغني ٥: ٣٦٥ ـ ٣٦٨، تبيين الحقائق ٥: ٨٨، شرح الكنز للعيني ٢: ١٤٣، مجمع الأنهر ٢: ٣٥٠، نهاية المحتاج ٥: ١٣٦ ـ ١٣٩، الشرح الصغير للدردير ٣: ٥٧٧، حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٣: ٥٧٧، حاشية ردّ المحتار ٥: ٦٨٢.

نعم ، في المؤقّتة يمكن أن يقال : إنّه لا يجوز له الرجوع في أثناء المدّة؛ لأنّ التوقيت كالتزام ضمني ، فلا بدّ من الوفاء به [١] .

وتمكن المناقشة فيه : بأنّه وإن كان التزاماً ، لكنّه غير لازم ولا وقع شرطاً في ضمن عقد لازم .

إلىٰ هنا انتهت مباحث العارية ، ولله الحمد والمنّة .

---

(١) حُكي هذا القول ـ من دون ذكر علّته ـ عن ابن الجنيد الإسكافي في المختلف ٦ : ٤٦ .

الكتاب السابع

الهبة

ويشتمل على مقدّمة وبابين

المقدّمة

في بيان الاصطلاحات الفقهيّة المتعلّقة بالهبة

(مادّة : ٨٣٣) الهبة : تمليك مال لآخر بلا عوض ، ويقال لفاعله : واهب [١] .

اعلم أنّ معنى الهبة ومشتقّاتها ـ حسب استعمالاتها اللغوية ـ واسع إلى مدى شاسع ، وأقرب عبارة تعرب عنه هو : العطاء والنحلة المشوب برشحة من الإحسان والتفضّل سواء كان المعطىٰ مالاً أو غيره عيناً أو غيرها .

فيصحّ أن تقول بلا تكلّف وعناية : وهبتك ودّي ، كما تقول : وهبتك مالي ، ويصحّ أن تقول : وهبني الله ولداً ، كما تقول : وهبني عزاً وملكاً ، ﴿ فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّاً يَرِثُنِي ﴾ [٢] ، ﴿ وَوهَبْنا لَهُ إسحٰقَ ويَعقوبَ ﴾ [٣] .

---

(١) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٢ ـ هي :

(ولذلك المال : موهوب ، ولمن قبله : موهوب له ، والإتهاب بمعنىٰ : قبول الهبة أيضاً) .

قارن : المغني ٦ : ٢٤٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ٩١ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٩٦ ، فتح العلاّم ٤٩٠ ، مواهب الجليل ٦ : ٤٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٤ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٩٦ ، تكملة شرح فتح القدير ٧ : ٤٧٩ ، شرح منتهىٰ الإرادات ٢ : ٥١٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٤ ، حاشية الشرقاوي علىٰ التحرير ٢ : ١١٥ ، بلغة السالك ٣ : ٦١٣ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٨٧ ، اللباب ٢ : ١٧١ ، المعتمد في فقه الإمام أحمد ٢ : ٢٣ .

(٢) سورة مريم ١٩ : ٥ ـ ٦ .

(٣) سورة الأنعام ٦ : ٨٤ ، سورة الأنبياء ٢١ : ٧٢ ، سورة العنكبوت ٢٩ : ٢٧ .

كلّها استعمالات حقيقة لا تجوّز فيها أصلاً .

نعم ، اختصّت الهبة في لسان الشرع والمتشرّعة بتمليك العين بلا عوض ، كما سيأتي ، وهو المراد هنا .

وكما أنّ البيع والإجارة هما أصل عقود المعاوضات ـ أي : الأصل في مبادلة المال بالمال ـ فكذلك الهبة والعارية هما الأصل في عقود المجّانيات ، وهما أظهر وأشهر ما يقع به تمليك العين أو المنفعة بلا عوض بناءً على اندراج العارية في العقود على المشهور [(١)] وإن كان الأصحّ عندنا أنّ حقيقتها إذن وإباحة ، كما سبق [(٢)] .

وعلى كلٍّ ، فالهبة هي الأصل في تمليك الأعيان بلا عوض ، فالهبة في الأعيان كالعارية في المنافع ، والعارية الأصل في إباحة المنافع أو تمليكها مجّاناً .

وقد شاع ـ عند الفقهاء ـ تعريف الهبة بأنّها : تمليك مال بلا عوض [(٣)] .

وفيه نوع تسامح وإجمال يحتاج إلى توضيح وتشريح ، فنقول :

إنّ تمليك المال عيناً أو منفعةً بل أو حقّاً ـ حيث يكون من الحقوق القابلة للانتقال ـ إمّا أن يكون بإزاء عوض مالي أو لا ، فالأوّل يقع بعقد البيع والإجارة والصلح ، والثاني ـ وهو : التمليك بغير عوض مالي ـ إمّا أن يكون

---

(١) راجع الهامش الأوّل من ص ٩ .

(٢) سبق في ج٢ ص٤١٥ وفي هذا الجزء ص٧ و٨ و٩ و١٠ و١٦ .

(٣) تقدمت الإشارة إلى المصادر في هامش (مادّة : ٨٣٣) ، فراجع .

وانظر : الشرائع ٢ : ٤٥٧ ، مجمع الفائدة ١٠ : ٥٦٠ ، الجواهر ٢٨ : ١٥٩ .

بعوض لنفس التمليك ، فهو الهبة المعوّضة ، فإنّ العوض فيها ـ كما عرفت [١] ـ لنفس الهبة لا للعين الموهوبة ، ومن هنا دخلت الهبة المعوّضة في مطلق الهبة وصارت من أقسامها ، وإمّا أن يتجرّد عن العوض المالي ، فإمّا أن يكون بقصد الأجر والثواب ، وهو الصدقة بالمعنى العامّ ، فإن كان تمليكاً طلقاً فهو الصدقة بالمعنى الخاصّ ، وإن كان تمليكاً لعين مقيّداً ببقائها ودوامها ـ أي : ووقوفها وعدم نقلها ـ فهو الوقف ، وإن كان للمنفعة فقط مدّة عمر أحدهما أو مدّة معيّنة فهي العمرى أو الرقبىٰ ، وإمّا أن يتجرّد حتّى عن الأجر ، فإن كان بصورة العقد إيجاباً وقبولاً فهي الهبة ، وإمّا أن يكون بصورة الإرسال من غير عقد فهو الهدية ، وإن لم يكن لا هذا ولا ذاك فهو العطية ، وإن كانت لرحم فهو النحلة .

هذه أُصول معاني هذه الألفاظ بحسب وضعها اللغوي ، وقد يقوم بعضها مقام بعض بحسب استعمالها العرفي .

ولكن قد اتّضح لك أنّ تمليك المال بلا عوض الذي عرّفوا به الهبة هو القدر الجامع والمقسم الكلّي الذي يعمّ الهبة وغيرها حتّى الصدقة والوقف فضلاً عن الهدية والعطية ، والأمر في كلّ ذلك سهل .

إنّما المهمّ أن تعرف أنّ جميع هذه الأقسام داخلة في التمليك المجّاني ، فلا يشتبه عليك الأمر بالإباحة والرخصة والإذن بالانتفاع ، فإنّها أجمع أجنبية عن تلك الأنواع بالكلّية ، وهي في قبالها حتّى الرخصة في أكل المال واستهلاكه ، فتدبّره .

---

(١) وذلك في ج ١ ص ٢٩٥ .

وقد تحصّل من جميع ذلك : أنّ الهبة عقد يفيد تمليك المال فعلاً بلا عوض له أصلاً .

فتخرج الهدية والعطية والنحلة ؛ لأنّها ليست عقوداً ، والوصية ؛ فإنّها وإن أفادت التمليك المجّاني ، ولكن معلّقاً على الموت لا فعلاً .

كما خرج بقيد : (عدم العوض) البيع والإجارة والصلح والوقوف والصدقات ، ودخلت الهبة المعوّضة ؛ فإنّها تمليك مال بلا عوض للمال .

أمّا الرشوة فهي عطية ، ولكنّها عطية محرّمة ، والعطايا المحرّمة كثيرة .

نعم ، يبقىٰ الكلام في العارية ، فإن جعلناها عقد تمليك للمنافع وعمّمنا الهبة للمنافع تداخلتا ، وإن خصصنا الهبة بالأعيان أو جعلنا العارية إذناً وإباحةً لا عقداً ولا تمليكاً افترقتا .

(مادّة : ٨٣٤) الهدية هي : المال الذي يعطى لأحد ، أو يرسل إليه إكراماً (١) .

وقد عرفت أنّ الغالب في الهدية الإرسال ، وهو غير العطية ، وقد تستعمل الهدية في مورد الإعطاء تسامحاً .

---

(١) ورد : (لواحد) بدل : (لأحد) ، ووردت زيادة : (له) آخر المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٢ .

وورد التغيير الأخير فقط في درر الحكّام ٢ : ٣٤٦ .

انظر : شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤ : ٣٠٠ ، المطلع على أبواب المقنع ٢٩١ ، الإنصاف ٧ : ١٥٤ ، غاية البيان للرملي ٢٥٧ ، فتح العلاّم ٤٩٠ ، الدر المنتقىٰ ٢ : ٣٥٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٦ ، حاشية الشرقاوي علىٰ التحرير ٢ : ١١٥ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٧ ، المعتمد في فقه الإمام أحمد ٢ : ٢٣ .

(مادّة : ٨٣٥) الصدقة هي : المال الذي وهب لأجل الثواب [١] .

يعني : العطاء الذي يقصد به القرب إلى الله (جلّ شأنه) وطلب المثوبة منه ، ولا يلزم فيها الإيجاب والقبول ، وتلزم بمجرّد الدفع بقصد القربة مع القبض .

وهذه هي الصدقة بالمعنى الخاصّ ، بل الأخصّ الذي يمتاز عن الوقف وأخواته من الصدقات التي لا تتحقّق إلّا بالعقد عند المشهور [٢] .

(مادّة : ٨٣٦) الإباحة عبارة عن : إعطاء الرخصة والإذن لشخص أن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض [٣] .

وهذا غير التمليك ، والفرق ـ مثل الصبح ـ واضح ، فإنّ المالك يتصرّف كيف شاء ، والمأذون لا يتصرّف إلّا على حدّ الإذن ومقدار الرخصة ، فلا يقدر على البيع فضلاً عن غيره ، إلّا بإذنٍ خاصٍّ .

---

(١) للمقارنة راجع : النتف في الفتاوىٰ ١ : ٥١٤ ، شرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي ٤ : ٣٠٠ ، المطلع على أبواب المقنع ٢٩١ ، الإنصاف ٧ : ١٥٤ ، غاية البيان للرملي ٢٥٧ ، حاشية القليوبي علىٰ شرح المنهاج ٣ : ١١١ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٧ ، المعتمد في فقه الإمام أحمد ٢ : ٢٣ .

(٢) لاحظ : المسالك ٥ : ٣٠٩ و٤١٧ ، الرياض ١٠ : ٩٤ ، الجواهر ٢٨ : ٣ و١٣٤ و١٥٩ .

(٣) وردت المادّة بزيادة : (هي) بعد كلمة : (الإباحة) في درر الحكّام ٢ : ٣٤٦ .
وورد : (هي الترخيص) بدل : (عبارة عن إعطاء الرخصة) ، و : (لواحد) بدل : (لشخص) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٢ .
انظر : تبيين الحقائق ٦ : ١٠ ، التعريفات للجرجاني ١١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨١ .

الباب الأوّل

في بيان المسائل المتعلّقة بعقد الهبة

ويشتمل علىٰ فصلين

الفصل الأوّل

في بيان المسائل المتعلّقة بركن الهبة وقبضها

الكلام في الهبة يلزم أن يقع في أربع نواحٍ : الواهب ، الموهوب له ، العين الموهوبة ، عقد الهبة وشروطه وحكمها من جواز أو لزوم أو غيرهما .

وقد تعرّضت (المجلّة) للعقد أوّلاً ، وهو ركنها الأعظم في :

(مادّة : ٨٣٧) تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتمّ بالقبض (١) .

اعلم أنّ جميع العقود المجّانية التي مرّ عليك عناوينها لا يترتّب عليها أيّ أثر إلّا بعد القبض ، فهو ركنها الأعظم وشطرها أو شرطها الأهمّ ، أي : أهمّ حتّى من الإيجاب والقبول .

---

(١) ذهب الحنفيّة والشافعيّة إلىٰ : أنّ القبض من شروط الصحّة .

وذهب المالكيّة إلىٰ : أنّه من شروط التمام لا الصحّة .

وأمّا الحنابلة فعندهم : أنّ القبض لا من شروط الصحّة ولا من شروط التمام ، وإنّما هو شرط في هبة المكيل والموزون فقط .

قارن : المبسوط للسرخسي ١٢ : ٤٨ ، القبس ٣ : ٤٧٥ ـ ٤٧٦ ، الفقه النافع ٣ : ١٠٠٩ ، بدائع الصنائع ٨ : ٨٤ و ١٠٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٣٢٧ ، المغني ٦ : ٢٤٦ و ٢٥١ ، تبيين الحقائق ٥ : ٩١ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٩٧ ـ ١٩٨ ، شرح الكنز للعيني ٢ : ١٤٣ ، التذكرة في الفقه الشافعي ١٠٨ ، الإنصاف ٧ : ١١١ و ١١٢ ، التوضيح للشويكي ٢ : ٨٣٨ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٤ و ٢٨٥ ، مغني المحتاج ٢ : ٤٠٠ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٤ و ٣٧٥ ، اللباب ٢ : ١٧١ .

ألا ترى أنّ الهبة ـ مثلاً ـ يترتّب عليها أثرها المهمّ ـ وهو التمليك ـ بغير إيجاب وقبول ، كما لو أنشأ الهبة بالإعطاء مع القبض ، فإنّها تفيد الملكية ، كما تفيدها المعاطاة في البيع على المشهور [١] ، بخلاف ما لو حصل الإيجاب والقبول بدون قبض ، فإنّه لا أثر لهما أصلاً .

فركنية القبض في هذه العقود أهمّ من ركنية الإيجاب والقبول .

بل ينسب إلى بعض عدم الحاجة إلى القبول ، وكفاية الإيجاب وحده [٢] ، فتكون عنده من الإيقاعات .

وهو شاذّ .

أمّا اعتبار القبض في مطلق العقود المجّانية وخصوص الهبة فالظاهر أنّه موضع اتّفاق المسلمين وعند عامّة المذاهب [٣] ، وأخبار الفريقين به متظافرة [٤] .

وفي النبوي المشهور : « لا تجوز الهبة إلّا مقبوضة » [٥] .

---

(١) راجع الجزء الأوّل من هذا الكتاب ص ٣٥٧ و ٣٦١ .

(٢) لاحظ ما نقله الشهيد الثاني عن العلاّمة الحلّي في المسالك ٦ : ١٠ و ١١ .
وانظر بدائع الصنائع ٨ : ٨٤ .

(٣) تقدّم الكلام حول المسألة ومصادرها في الهامش الأوّل من ص ٤٣ .
وراجع بالإضافة إلىٰ ما تقدّم : الخلاف ٣ : ٥٥٥ ، حلية العلماء ٦ : ٤٨ ، المجموع ١٥ : ٣٧٠ و ٣٨١ ، المسالك ٦ : ١٧ ، الحدائق ٢٢ : ٣٠٩ ، الجواهر ٢٨ : ١٦٨ .

(٤) لاحظ : السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦ : ١٦٩ ـ ١٧٠ ، كنز العمّال ١٦ : ٦٥٠ ـ ٦٥١ ، الوسائل الهبات ٤ (١٩ : ٢٣٢ ـ ٢٣٤) .

(٥) المصنّف لعبد الرزّاق ٩ : ١٠٧ ، نصب الراية ٤ : ١٢١ ، بأدنىٰ تفاوت .

ولعلّ حكمة التشريع في ذلك أنّ الشارع الحكيم حيث وجد المجّانيات محض تفضّل وإحسان وبذلاً للمال بلا عوض أراد أن يعطي الواهب الباذل فسحة للروية ومجالاً للتدبّر ، وربّما بدا له العدول بعد الإيجاب والقبول ، فلو لزم عليه بالقول وحده لكان ضيقاً وحرجاً عليه وتضييعاً لماله ، لذلك لم يكتف بالقول حتّى يتبعه بالفعل ، أعني : الدفع من الباذل والقبض من المبذول له .

ولو قيل : يكفي لهذا الغرض جعل العقد جائزاً ، فيرجع متى شاء .

قلنا : أليس الرجوع ـ بعد حصول الملكية ـ قبيحاً شرعاً ، كما هو كذلك عرفاً ، و : « الراجع في هبته كالراجع في قيئه » (١) ؟ !

فدفعاً لهذا القبح وهذه الحزازة لم يجعل العقد بنفسه مؤثّراً أصلاً كي لا يحتاج إلى الرجوع كما في العقد الجائز ، فإن أقبض نفذ ، وإلّا فلا ، وهذا كلّه بخلاف عقود المعاوضات ؛ لمكان العوض فيها به بخلافه هنا ، فليتدبّر .

وظهر ـ بما ذكرنا ـ أنّ حقّ التعبير في (المجلّة) أن تقول : لا تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول قبل القبض ، أو ما يؤدّي ذلك .

(مادّة : ٨٣٨) الإيجاب في الهبة هو : الألفاظ المستعملة في تمليك المال مجّاناً ، كأكرمت ووهبت وأهديت (٢) .

---

(١) ورد الحديث بلفظ : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » في : مسند أحمد ١ : ٢١٧ ، ٢٥٠ ، ٢٩١ ، ٣٣٩ ، ٣٤٢ ، ٣٤٥ و٢ : ١٨٢ ، صحيح مسلم ٣ : ١٢٤١ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٧٩٧ ، سنن أبي داود ٣ : ٢٩١ ، سنن الترمذي ٣ : ٥٩٢ ، سنن النسائي ٦ : ٢٦٦ و٢٦٧ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦ : ١٨٠ ، منحة المعبود ١ : ٢٨٠ .

(٢) وردت زيادة كلمة : (معنىٰ) قبل كلمة : (تمليك) ، كما أنّ للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ علىٰ

وقد مرّ غير مرّة أنّ خاصية العقود الجائزة كفاية كلّ لفظ يدلّ عليها حقيقة أو مجازاً مع القرينة وقصد إنشاء معنى ذلك العقد، بل يمكن دعوى ذلك حتّى في العقود اللازمة وأنّها لا تختصّ بصيغ خاصّة، كما سبق في (الجزء الأوّل) [١].

وكيف كان، فالهبة والصدقة بالمنقول لا تختصّ بصيغة معيّنة، ويكفي فيها كلّ ما دلّ عليها مثل: خذه، وهو لك مجاناً، وما أشبه ذلك، ولا فرق في ذلك بين الزوج والزوجة أو غيرهما، والمدار على القرائن حالية أو مقالية، بل يكفي قصد إنشاء التمليك بالفعل ـ أعني: العطاء ـ فيكون هبة معاطاتية، كما في:

(مادّة: ٨٣٩) تنعقد الهبة بالتعاطي أيضاً [٢].

ولو قال: بالعطاء أو الإعطاء لكان أحسن.

وإنّما تنعقد بالعطاء حيث تكون هناك قرينة قاطعة، وإلّا فلا.

فمجرّد الإعطاء لا يكفي في الحكم بأنّه هبة، بل يبقى على ملك الأوّل

← ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١: ٤٦٣ ـ هي:

(والتعبيرات التي تدلّ على التمليك مجّاناً إيجاب للهبة أيضاً، كإعطاء الزوج زوجته قرطاً أو حلياً، وقوله لها: خذي هذا، أو: علّقيه).

قارن: الفقه النافع ٣: ١٠١١، شرح الكنز للعيني ٢: ١٤٣، غاية البيان للرملي ٢٥٧، البحر الرائق ٧: ٢٨٤، مجمع الأنهر ٢: ٣٥٤ ـ ٣٥٥، الفروع للمحلّي ١: ٤١٥، الفتاوىٰ الهندية ٤: ٣٧٥، اللباب ٢: ١٧١.

(١) سبق في ج ١ ص ٣٤١ ـ ٣٤٤.

(٢) انظر: مجمع الأنهر ٢: ٣٥٥، الفتاوىٰ الهندية ٤: ٣٧٥، اللباب ٢: ١٧١، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨: ٤٢٦.

بالاستصحاب حتّى يحصل اليقين .

كما أنّ بالعطاء تتمّ الهبة ، ولا حاجة إلى القبول ، فإنّ القبض قبول فعلي ، كما في :

(مادّة : ٨٤٠) الإرسال والقبض في الهبة يقوم مقام الإيجاب والقبول لفظاً [(١)] .

و(مادّة : ٨٤١) القبض في الهبة كالقبول في البيع [(٢)] .

وكان الأولىٰ جمع هذه المواد الثلاث في مادّة واحدة ، بل بكلمة واحدة ، فتقول ـ مثلاً ـ : تنعقد الهبة بالعقد والقبض ، وتتحقّق أيضاً بالعطاء والقبض .

وكلّ ما ذكرته (المجلّة) هنا زيادة مستدركة .

ثمّ إنّ المشهور عند فقهاء الإماميّة أنّ القبض المعتبر في صحّة الهبة يشترط فيه أن يكون بإذن الواهب ، فلو قبضه المتّهب بدون إذنه لم يكن له

---

(١) وردت زيادة : (والصدقة) بعد كلمة : (الهبة) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٤ ، درر الحكّام ٢ : ٣٥٦ .

راجع : حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق ٥ : ٩٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٥ .

(٢) تكملة المادّة ـ علىٰ ما في درر الحكّام ٢ : ٣٥٧ ـ هي :

(بناءً عليه تتمّ الهبة إذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المال الموهوب بدون أن يقول : قبلت ، أو : اتّهبت ، عند إيجاب الواهب ، أي : قوله : وهبتك هذا المال) .

لاحظ : المبسوط للسرخسي ١٢ : ٥٧ ، بدائع الصنائع ٨ : ١٠٦ و١٠٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٥ ، و٣٧٧ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٥ .

أثر في الصحّة [١] .

وعلّلوه بعلّة معقولة وهي : بأنّ العين ـ بعد العقد قبل القبض ـ حيث إنّها باقية على ملك الواهب ، فقبض المتّهب لها تصرّف بمال الغير بدون إذنه، وهو حرام ، فلا يترتّب عليه أثر شرعي [٢] .

وهي وإن أمكن المناقشة فيها ، ولكنّها ـ ببعض الاعتبارات التي مرّت الإشارة إليها ـ متجهة ، بل وقويّة .

فما قوّاه السيّد الأُستاذ ﷺ ـ في ملحقات العروة ـ من عدم لزوم الإذن[٣] هو إلى الضعف أقرب منه إلى القوّة وفاقاً لما نصّت عليه (المجلّة) في :

(مادة : ٨٤٢) يلزم إذن الواهب صراحةً أو دلالةً في القبض [٤] .

ووجهه ما عرفت من بقاء ملكية الواهب ، فلا يجوز للمتّهب قبض

---

(١) ادّعي عليه عدم الخلاف في المسالك ٦ : ٢١ ، وقارن : الحدائق ٢٢ : ٣١٥ ، الجواهر ٢٨ : ١٧٢ .

وهذا هو رأي الشافعيّة أيضاً ، وأمّا الحنفيّة فقالوا : إن قبضه في المجلس صحّ وإن كان بغير إذن الواهب ، وإن قام من مجلسه لم يكن له القبض ، وإن قبض كان فاسداً ووجب عليه ردّه .
انظر : المبسوط للسرخسي ١٢ : ٥٧ ، المجموع ١٥ : ٣٧٩ ، مغني المحتاج ٢ : ٤٠٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٧ .

(٢) راجع الهامش السابق .

(٣) ملحقات العروة الوثقىٰ ٢ : ١٦٥ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٨ : ١٠٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ٩٢ ، التذكرة في الفقه الشافعي ١٠٨ ، التوضيح للشويكي ٢ : ٨٣٨ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٧ ، اللباب ٢ : ١٧١ .

العين بدون إذن مالكها ، ولو تلفت في يده كان ضامناً .

ولو اعترف الواهب بالإذن وأنكر الإذن بالقبض كان القول قوله .

فما ذكرته (المجلّة) من اعتبار الإذن صحيح ، ولكن ما في :

(مادّة : ٨٣٤) إيجاب الواهب إذن بالقبض دلالةً [١] .

على إطلاقه ممنوع ، بل إن اقترن الإيجاب بقرينة تدلّ على الإذن كفى ، وإلّا فلا .

أمّا صرف الإيجاب فلا دلالة فيه على الإذن بالقبض أصلاً بشيءٍ من الدلالات الثلاث ؛ إذ الدلالة فرع التلازم ، ولا تلازم بين الأمرين بجميع الوجوه .

ودعوى : أنّ مقصود الواهب لمّا كان هو إثبات ملكية الموهوب بعقد الهبة ، فيكون الإيجاب تسليطاً على القبض تحصيلاً لمقصوده ، وفي الإيجاب دلالة على الإذن بالملازمة [٢] .

مدفوعة : بأنّ كون قصده إثبات الملكية إنشاءً مسلّم ، ولكن كون

---

(١) تكملة المادّة ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٤ ـ ٤٦٥ ـ التي سيذكرها المصنّف ﷺ مبتورة هي :

(وأمّا إذنه صراحة فهو أن يقول ـ إذا كان حاضراً في مجلس الهبة ـ : خذ هذا المال ، فإنّي وهبتك إيّاه ، وإن كان غائباً فقوله : وهبتك المال الفلاني ، اذهب وخذه ، أمر صريح) .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ١٠٧ ، تبيين الحقائق ٥ : ٩٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٧ ، اللباب ٢ : ١٧١ .

(٢) نقل هذه الدعوىٰ علي حيدر عن البابرتي في درر الحكّام ٢ : ٣٥٩ ، ولاحظ شرح العناية للبابرتي ٧ : ٤٨٤ .

قصده تحقّقها بالفعل غير مسلّم ، والملازمة تأتي على الثاني لا الأوّل ، فتدبّره .

وقول (المجلّة) : (**وأمّا إذنه صراحة فهو قوله : خذ هذا المال ، فإنّي وهبتك** [...] إلى آخره) هو من الواضحات الغنية عن البيان .

إنّما البحث في ما ذكروه في :

(مادّة : ٨٤٤) إذا أذن الواهب صراحة بالقبض فيصحّ قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة وبعد الافتراق ، وأمّا إذنه بالقبض دلالة فمقيّد بمجلس الهبة ، ولا يعتبر بعد الافتراق .

مثلاً : لو قال : وهبتك هذا ، وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصحّ ، وأمّا لو قبضه بعد الافتراق فلا يصحّ .

كذلك لو قال : وهبتك المال الذي هو في المحلّ الفلاني ، ولم يقل : اذهب وخذه ، فإذا ذهب الموهوب له وأخذه لا يصحّ (١) .

---

(١) ورد : (صحّ) بدل : (فيصحّ) ، و : (في مجلس) بدل : (بمجلس) ، ووردت زيادة كلمة : (القبض) بعد : (يعتبر) ، وورد : (صحّ) بدل : (يصحّ) ، و : (أمّا لو) بدل : (وأمّا لو) ، ووردت زيادة : (عن المجلس) بعد : (قبضه بعد الافتراق) ، وورد : (فذهب الموهوب له وقبضه) بدل : (فإذا ذهب الموهوب له وأخذه) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٥ .
وورد : (يصحّ) بدل : (فيصحّ) ، و : (أمّا الإذن دلالةً فمعتبر) بدل : (وأمّا إذنه بالقبض دلالةً فمقيّد) ، ولم ترد : (في) قبل كلمة : (ذلك) ، ووردت زيادة : (عن المجلس) بعد : (قبضه بعد الافتراق) ، وورد : (لا يصحّ) بدل : (فلا يصحّ) ، و : (قبضه) بدل : (أخذه) في درر الحكّام ٢ : ٣٦٠ .
وهذا المذكور في المادّة هو رأي الحنفيّة .

←

فإنّ التفرقة بين الإذن صراحةً فيصحّ القبض حتّى بعد الافتراق وبين الإذن دلالةً فمقيّد بمجلس الهبة تحكمٌ صرف وتفرقة من غير وجه فارق ؛ إذ المدار علىٰ الإذن ووجود ما يدلّ عليه ، وبعد حصول الدلالة فأيّ فرق بين الكناية والتصريح ، ولعلّها أبلغ .

والحقّ عندنا معشر الإماميّة بأنّ المعتبر هو الإذن ، فإذا حصل العلم به من أيّ طريق كفى في الصحّة سواء قبض في مجلس الهبة أو في مجلس آخر ، وسواء كان الإذن في مجلس الهبة أو بعده [(١)] .

بل ربّما يظهر من بعض أخبار أئمّتنا عليهم‌السلام امتداد الأجل إلى الأجل [(٢)] .

فلو أذن وقبض قبل الموت صحّت الهبة التي سبقت بأمد طويل .

(مادّة : ٨٤٥) للمشتري أن يهب المبيع قبل قبضه من البائع [(٣)] .

← أمّا الشافعيّة والحنابلة فقد ذهبوا إلىٰ ما ذهب إليه الإماميّة في المسألة ، وهو ـ كما سيبيّنه المصنّف ﷺ ـ : أنّ المعتبر في القبض هو الإذن ، فإذا حصل العلم به من أيّ طريق كفىٰ في الصحّة مطلقاً سواء تمّ القبض في مجلس الهبة أم لا ، وسواء كان الإذن في مجلس الهبة أم بعده .

قارن : المبسوط للسرخسي ١٢ : ٥٧ ، حلية العلماء ٦ : ٤٩ ، بدائع الصنائع ٨ : ١٠٧ ـ ١٠٨ ، المغني ٦ : ٢٤٨ ، المجموع ١٥ : ٣٧٩ ، مغني المحتاج ٢ : ٤٠٠ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٧ .

(١) لاحظ : الخلاف ٣ : ٥٥٦ ـ ٥٥٧ ، المسالك ٦ : ٢١ ، الحدائق ٢٢ : ٣١٥ ، الجواهر ٢٨ : ١٧٢ .

(٢) انظر الوسائل الهبات ٤ : ١ (١٩ : ٢٣٢) .

(٣) وردت زيادة : (**ويأمر الموهوب له بالقبض**) آخر المادّة في درر الحكّام ٢ : ٣٦١ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٦٥) بصيغة :

←

الظرف الأخير إن تعلّق بالفعل كان المعنى : أنّ المشتري له أن يهب ما اشتراه للبائع قبل قبضه منه .

وهذا صحيح نافذ ؛ فإنّ المعتبر قبض الموهوب له ، وهو حاصل للواهب الذي اشترىٰ ولم يقبض .

وتوهّم بعضهم : أنّ هذا يرجع إلى الإقالة [١] واضح الفساد ؛ إذ هي حلّ لعقد المبيع ، ولذا يرجع بالثمن ، والهبة هنا تؤكّد البيع وليست حلاً له ، ولذا لا يرجع بالثمن .

وإن تعلّق الظرف بالمصدر كان معناه : أنّ المشتري له أن يهب للغير ما اشتراه قبل قبضه من بائعه ، فيكون أعمّ من الأوّل ، يعني : له أن يهبه للبائع أو لغيره .

وهذا أيضاً صحيح ؛ لما عرفت من عدم اعتبار قبض الواهب ، بل تتوقّف على قبض الموهوب له .

وعليه تتفرّع :

(مادّة : ٨٤٦) من وهب ماله الذي هو في يد آخر تتمّ الهبة ، ولا حاجة إلى القبض والتسليم مرّة أُخرى [٢] .

← **(للمشتري قبل قبضه المبيع من البائع أن يهبه من آخر) .**
راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٧ .

(١) كعلي حيدر في درر الحكّام ٢ : ٣٦٢ .

(٢) ورد : **(من رجل وهو في يد ذلك الرجل)** بدل : **(الذي هو في يد آخر)** ، ووردت زيادة : **(بقول الموهوب له : قبلت ، أو : أنهيت)** بعد كلمة : (الهبة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ←

والمقصود بهذه المادّة بيان أنّ قبض المتّهب لازم لصحّة الهبة حيث لا يكون مقبوضاً له وفي يده، أمّا لو كان في يده فلا حاجة إلى قبض جديد بأن يأخذه منه ويردّه عليه، والقبض السابق كافٍ مهما كان، سواء كان بوجه صحيح أو لا كالغصب ونحوه، وسواء كان ضمانياً كالمقبوض بالسوم ونحوه أو غير ضماني كالأمانات، وسواء كان مضموناً بالمثل أو القيمة أو المسمّى كالمبيع المستأجر.

فالقبض السابق في جميع هذه الموارد يقوم مقام القبض الجديد في الهبة حتّى لو وهب المالك غاصبه المغصوب الذي في يده صحّ.

وظاهر الأصحاب عدم الحاجة أيضاً إلىٰ الإذن باستمرار القبض.

واستدلّوا بوجوه أوجهها: انصراف أدلّة القبض أو الإذن به عن هذه الصورة[1].

وقد ناقش السيّد الأُستاذ ﷺ في تلك، ثمّ عوّل على الانصراف أخيراً[2].

(مادّة: ٨٤٧) إذا وهب أحد دينه للمديون أو أبرأ ذمّته من الدين

← ١ : ٤٦٦.

ووردت المادّة بزيادة: (له) بعد كلمة: (آخر) في درر الحكّام ٢ : ٣٦٢.

قارن: تبيين الحقائق ٥ : ٩٤ - ٩٥، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥٧، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٧، اللباب ٢ : ١٧٣، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٤٨.

(١) لاحظ: الحدائق ٢٢ : ٣١٥ - ٣١٦، الرياض ١٠ : ٢١٠.

(٢) ملحقات العروة الوثقىٰ ٢ : ١٦٥ - ١٦٦.

ولم يردّه المديون تصحّ الهبة ، ويسقط عنه الدين في الحال [١] .

قيد عدم ردّ المديون لا محلّ أصلاً .

وتحرير هذا البحث : أنّ هبة الدين إمّا أن تكون للمدين أو لغيره ، فإن كانت لغيره فهي هبة محضة يلزمها القبول كما يلزمها القبض ، وإلّا فلا أثر لها بدونه ، كما تنصّ عليه المادّة الآتية ، وإن كانت للمديون فهي على نحوين :

لأنّ الواهب يقصد تارةً إسقاط الدين وإبراء ذمّته منه ، ولا تكون له حالة منتظرة ، بل يوقعه ناجزاً ، فهذا إبراء وإسقاط بمحض وإن وقع بصورة الهبة .

ولا أثر للردّ والقبول في هذه الصورة أصلاً ؛ لأنّ حقيقته إيقاع لا عقد ، والإيقاعات تتحقّق معانيها بمجرّد إنشائها إن صدرت من أهلها وفي محلّها .

وتارةً يكون صميم قصده الهبة بمعنى : أنّه يريد أن يملّكه الدين الذي له عليه كما يملّكه للغير ، وينتظر قبوله وعدمه ، فهذه هبة محضة بأيّ عبارة وقعت .

وهذا موضع ما يقال من : (أنّ العقود تابعة للقصود) [٢] وفيه يكون مجال للردّ والقبول .

---

(١) ورد : (من) بدل : (عن) ، و : (صحّ ذلك ، وسقط) بدل : (تصحّ الهبة ، ويسقط) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٦ .

وورد التغيير الأوّل فقط في درر الحكّام ٢ : ٣٦٤ .

راجع : المغني ٦ : ٢٥٧ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٤ .

(٢) تقدّم الكلام في هذه القاعدة في ج ١ ص ١٣١ .

فإن قبل المديون صحّ العقد وتمّت الهبة ؛ لأنّ ما في الذمّة مقبوض حقيقة أو كالمقبوض [١] ، وإن ردّ لم يقع شيء وبقي مشغول الذمّة بالدين .

ففي الأُولى لا موضع للردّ والقبول ، بخلاف الثانية ، ولا صورة ثالثة في

(١) لا بأس هنا بنقل كلام السيّد المراغي في بيان معنىٰ قول الفقهاء : إنّ ما في الذمّة مقبوض ، حيث قال : (إنّ الظاهر من كلمة الأصحاب : أنّ ما في الذمّة مقبوض ، وقد نصّوا علىٰ ذلك في باب الحقوق المالية ، وفي باب الصدقات ، وفي باب الصرف والسلم ، وهبة ما في الذمّة علىٰ القول بصحّتها ، ولا ريب أنّ القبض ـ لو سلّمنا صدقه علىٰ القبض بالاستدامة ـ لا نسلّم صدقه علىٰ ما في الذمّة ؛ لصحّة السلب وتبادر غيره ونصّ أهل اللغة بخلافه ، ولا شبهة في عدم كونه معنىً حقيقياً للقبض ، فالمراد من كونه مقبوضاً : جريان أحكام القبض عليه في هذه المقامات .

والوجه في ذلك أحد أُمور :

أحدها : وورد النصّ بذلك في كتاب الزكاة ، فإنّه قد ورد في احتساب الدين علىٰ الحي وعلىٰ الميّت زكاة فإنّه يصير بذلك زكاة ويتعيّن ، وليس إلّا لكون ما في ذمّته كمقبوضه ، فيلحق به ما عداه ؛ لعدم القول بالفرق ، أو لأنّ الزكاة أصل لسائر الحقوق المالية الإلهية ، فيتسرّىٰ إليها ، ويجيء ـ بعد ذلك ـ عدم القول بالفرق في الباقي .

وثانيها : أنّ المعلوم من أدلّة القبض اعتبار كون المال في تسلّط القابض ، ولا شكّ في كون ما في الذمّة في تسلّط صاحب الذمّة ، بل هو أولىٰ من العين المقبوضة وأشدّ في الاستيلاء والسلطنة ، فيكون في حكم القبض الظاهري الفعلي بالأولوية .

وثالثها : ظهور إجماع الأصحاب علىٰ الإلحاق الحكمي ، وليس مقصوراً علىٰ خصوص مورد الإجماع ، بل الظاهر منهم البناء على ذلك علىٰ طريق القاعدة ، بمعنىٰ : أنّ المستفاد منهم الإجماع علىٰ أنّ ما في الذمّة كالمقبوض في سائر الأحكام ، إلّا ما خرج بالدليل .

ورابعها : أن يقال : إنّ الأدلّة الدالّة علىٰ اعتبار القبض لا نسلّم شمولها لصورة كون الشيء في ذمّة من يعتبر قبضه ، بل المنساق منها إلىٰ الذهن صورة كون الشيء عيناً أو كلّياً في ذمّة غير القابض حتّىٰ يعتبر إقباضه ، وأمّا لو كان في ذمّة القابض فالأدلّة لا تنهض علىٰ اشتراط القبض في هذه الصورة ، وهو غير بعيد ، ولعلّه السرّ في عدم اعتبار الأصحاب القبض الصوري في مثل هذا المقام) . (العناوين ٢ : ٢٦٥ ـ ٢٦٦) .

المقام .

وفي هذه المادّة خلل من وجهين :

الأوّل : أنّ ظاهرها عدم لزوم القبول في هذه الهبة ولكنّها تردّ بالردّ ، وهذا تهافت وكجمع بين المتنافيين .

الثاني : أنّها جعلت الإبراء كالهبة في أنّها تبطل بالردّ مع أنّ الإبراء إيقاع ـ كما عرفت ـ ولا معنى للردّ والقبول أصلاً .

وكأنّ أرباب (المجلّة) اعتبروا هبة الدين للمديون ذات وجهين ، فمن وجه هي تردّ بالردّ ، ومن أُخرى إبراء ، فلا تحتاج إلى قبول .

وقد ظهر أنّ المدار على قصده إمّا هبة أو إبراء ، وهما معنيان متغايران ، والمرجع في تشخيص أحدهما ما يظهر منه من حال أو مقال ، فتدبّره جيّداً .

وعلى كلّ حال ، فبعد القبول يشتركان في سقوط الدين حالاً كان أو مؤجّلاً .

(مادّة : ٨٤٧) من وهب دينه الذي هو في ذمّة أحد لآخر وإذنه صراحة بالقبض بقوله : اذهب فخذه ، فذهب الموهوب له وقبضه ، تتمّ الهبة (١) .

يعني : وتبرأ ذمّة المديون من دائنه ، وهي أشبه ما تكون بالحوالة وإن فارقتها من بعض الوجوه .

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٦ .

راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٤ .

(مادّة : ٨٤٩) إذا توفّي الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة [١] .

يعني : لا ينتقل حقّ القبض إلى ورثة الموهوب له ؛ لأنّ المال قد انتقل إلى ورثة الواهب ، وليسوا هم الواهبين ، كما أنّ ورثة الموهوب له غير موهوب لهم حتّى يعتبر قبولهم أو قبضهم .

نعم ، لو جعلنا القبض بعد إذن الواهب حقّاً لا حكماً أمكن القول : بانتقاله إلى ورثة الموهوب ، ولا يضرّ انتقاله إلى ورثة الواهب ، فإنّه قد انتقل على هذه الصفة .

ولكنّه مشكل .

(مادّة : ٨٥٠) إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئاً فيلزم التسليم [٢] .

---

(١) ورد : (تبطل) بدل : (بطلت) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٧ .
وهذا هو قول الحنفيّة والمالكيّة .
وأكثر الشافعيّة ذهبوا إلىٰ : عدم البطلان بالموت .
وللحنابلة روايتان في المسألة .
انظر : المغني ٦ : ٢٤٩ ، المجموع ١٥ : ٣٨٠، الإنصاف ٧ : ١١٥ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦١ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ١٤٣ ، اللباب ٢ : ١٧٥ .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٦٧) بهذه الصيغة :
(إذا وهب شيئاً لابنه الكبير البالغ العاقل يلزم التسليم) .
وورد : (يلزم التسليم والقبض) بدل : (فيلزم التسليم) في درر الحكّام ٢ : ٣٦٧ .
قارن : تبيين الحقائق ٥ : ٩٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٩٢ ، اللباب ٢ : ١٧٣ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٤٩ .

حال الولد الكبير حال غيره من رحم وغيره في اعتبار القبض وعدم صحّة الهبة بدونه .

ولكن الهبة إلى الصغير والمجنون لا تخلو إمّا أن تكون من غير الولي ، فلا تصحّ إلّا بقبض الولي ، وإمّا أن تكون منه لأحدهما وهي في يده ، وحينئذٍ فيكفي قبضه ، ولا حاجة إلى تجديد قبض .

ولكنّ الأصحّ اعتبار تجديد القصد ، بأن يقصد بأنّ الموهوب مقبوض عن الصغير الموهوب له .

وأمّا إذا وهبه ما ليس في يده فلا إشكال في اعتبار قبضه ، فلا يصير ملكاً للصغير حتّى يقبضه وليّه الواهب عنه .

وإلى بعض ما ذكر أشارت :

(مادّة : ٨٥٢) إذا وهب أحد شيئاً لطفل تتمّ الهبة بقبض وليّه أو مربيه (١) .

ولا فرق عندنا في ذلك بين المميّز وغيره (٢) وإن لم يكن من البعيد كفاية قبض المميّز ، ولا سيّما بإذن وليّه .

(مادّة : ٨٥٤) الهبة المضافة ليست صحيحة .

مثلاً : لو قال : وهبتك الشيء الفلاني في رأس الشهر الآتي ، لم

---

(١) قارن : تبيين الحقائق ٥ : ٩٦ ، تكملة شرح فتح القدير ٧ : ٤٩٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٩٢ ، اللباب ٢ : ١٧٣ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٥٠ .

(٢) راجع : الحدائق ٢٢ : ٣١٧ ، الرياض ١٠ : ٢١٣ ، الجواهر ٢٨ : ١٧٧ .

تصح [١].

يظهر أنّ مرادهم بالهبة المضافة : الهبة المعلّقة على وصف محقّق الوقوع ، كرأس الشهر الآتي أو عند طلوع الشمس ، أو على شرط غير معلوم الحصول مثل : إن جاء ولدي من السفر يوم الجمعة ، أو : إذا عوفي مريضي ، ونحو ذلك .

وقد مرّ عليك غير مرّة أنّ التنجيز ـ عندنا ـ شرط في جميع العقود لازمها وجائزها ، وأنّ التعليق مفسد للعقد مطلقاً [٢] .

وعليه ، فإن كان الشرط في الهبة ينافي تنجيزها بطل الشرط وتبطل الهبة أيضاً ، لا من جهة أنّ الشرط الفاسد يفسد العقد ؛ إذ ليس المقام منه ، ولكن لفقد شرط العقد ، وهو التنجيز .

أمّا الشرط بذاته ، فليس بفاسد ، وإنّما فسد من هذه الناحية ، وإن كان غير مناف لتنجيزها وهي لازمة لزم الشرط أيضاً ، وإن كانت جائزة كان الشرط تابعاً لها .

ولزوم الهبة المشروطة بالعوض إنّما هو للدليل الخاصّ ، وإلّا فحقّها

---

(١) ورد : (بصحيحة) بدل : (صحيحة) ، و : (فلو) بدل : (مثلاً : لو) ، و : (لا تصحّ الهبة) بدل : (لم تصح) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٦٩ .
وورد التغيير الأوّل والثالث ، وكذلك ورد : (اعتباراً من) بدل : (في) في درر الحكّام ٢ : ٣٧٥.
انظر : المجموع ١٥ : ٣٧٣ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٠٤ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٦ ، تكملة شرح فتح القدير ٧ : ٥١٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٩٦ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٣ .
(٢) تقدّم ذلك في ج ١ ص ٣٧٤ ، وفي ج ٢ ص ٢٢٨ و ٢٢٩ .

أن تكون جائزة هي والعوض .

ومن هنا قد تشتبه الشروط بين ما ينافي التنجيز وما لا ينافيه .

مثلاً : لو قال : وهبتك كتابي هذا بشرط أن يعود لي بعد وفاتك أو لورثتي ، أو قال : وهبته لك بعد وفاتي ، فإن جعلناه وصية صحّ ؛ لأنّ طبع الوصية التعليق على الموت ، أمّا الهبة فيشكل فيها ذلك .

كما أنّ طبع الوصية لا يحتمل شيئاً من التعليق أصلاً .

فلو قال : أنت بريء من ديني بعد موتي ، لم يصح قطعاً ؛ لأنّ الإبراء إيقاع كالعتق والطلاق ، ولا يصحّ التعليق فيهما اتّفاقاً [١] .

نعم ، صحّ ذلك في خصوص التدبير ؛ لدليله الخاصّ ، ولا يقاس عليه .

وعلى مناسبة ذكر الشروط في الهبة ذكرت (المجلّة) الهبة بشرط العوض ـ أي : الهبة المعوّضة ـ في :

(مادّة : ٨٥٥) تصحّ الهبة بشرط العوض ، ويعتبر الشرط [٢] .

---

(١) لاحظ الجواهر ٣٢ : ٧٨ و٣٤ : ٩٩ ـ ١٠٠ .

(٢) بلحاظ تكملة المادّة التي ستُذكر قريباً ، ورد : (فلو) بدل : (مثلاً : لو) ، ولم ترد كلمة (أحد) ، وورد : (يعوّضه) بدل : (يعطيه) ، و : (وهب وسلّم عقاره) بدل : (وهب أحد عقاراً مملوكاً) ، و : (بنفقة) بدل : (بنفقات) ، و : (بالإنفاق عليه وفقاً لذلك) بدل : (بإنفاقه وفق ذلك) كلّ ذلك ورد في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٠ .

ولم ترد عبارة : (**إذا راعىٰ الموهوب له الشرط ، وإلّا فللواهب الرجوع عن الهبة**) ، ووردت زيادة : (وسلّم) قبل كلمة : (عقاراً) ، وورد : (**بنفقته حتّىٰ الممات وكان الموهوب له راضياً بإنفاقه حسب ذلك الشرط ، فليس للواهب ـ إذا ندم ـ الرجوع عن هبته واسترداد ذلك** ←

وقد أنبأناك من قريب أنّ العوض في الهبة يلزم عندنا أن يكون لنفس الهبة [(١)]، فلو جعله للموهوب كان :

إمّا هبة فاسدة ؛ لأنّ حقيقة الهبة التمليك المجّاني ، أي : تمليك الموهوب بلا عوض له ، فلو شرط العوض له كان شرطاً منافياً لطبيعة العقد ، فيبطل هو والعقد .

وإمّا بيعاً فاسداً بناءً على عدم جواز استعمال صيغة عقد في عقد آخر ، أي : في إنشاء حقيقة عقد آخر .

أمّا أرباب (المجلّة) فيظهر منهم أنّهم يجعلون العوض لنفس الموهوب تبعاً لأكثر فقهائهم [(٢)]، فيكون ـ كما صرّح به بعضهم [(٣)] ـ هبة في البداية وبيعاً في النهاية ، ويعتبرون فيها التقابض في المجلس أو الإذن بعده ، ويسحبون عليها جملة من خصائص البيع كالشفعة وخيار الرؤية ، وجملة من الخيارات العامّة كخيار العيب ونحوه [(٤)].

← **العقار) بدل : (بنفقات الواهب إلىٰ وفاته ، ثمّ ندم وأراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار ، فليس له ذلك مادام الموهوب له راضياً بإنفاقه وفق ذلك الشرط)** في درر الحكّام ٢ : ٣٧٦ .

راجع : الفقه النافع ٣ : ١٠١٧ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٤٠ و٢٤٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٢ و٢٩٥ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٩٤ ، اللباب ٢ : ١٧٥ و١٧٦ و١٧٧ .

(١) وذلك في ص ٣٧ ، وكذلك تقدّمت الإشارة إلىٰ ذلك في ج ١ ص ٢٩٥ .

(٢) قارن : بدائع الصنائع ٨ : ١٣٠ ، الكفاية للخوارزمي ٧ : ٥٠٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٩٤ ، اللباب ٢ : ١٧٧ .

(٣) نقله علي حيدر في درر الحكّام (٢ : ٣٧٨) عن شرح العناية للبابرتي ٧ : ٥٠٨ ، وانظر بدائع الصنائع ٨ : ٩٥ و١٣٠ .

(٤) راجع المصادر المذكورة في الهامشين المتقدّمين .

وكلّ ذلك لا يستقيم على مذهب الإماميّة من أنّ المعوّضة هبة محضة لا تخرج عن طبيعة الهبة بالتعويض [١].

نعم، لا ريب في اعتبار التقابض فيها من الجانبين.

فلو أقبض أحدهما ولم يقبضه الآخر كانت جائزة، ولو تقابضا لزمت من الجانبين.

وهو - أي: العوض المقبوض - أحد أسباب لزوم الهبة، وستأتي بقية الملزمات [٢].

وعليه تبتني الأمثلة التي ذكرت في المتن، وهي:

مثلاً: لو وهب أحد لآخر شيئاً بشرط أن يعطيه كذا عوضاً، أو يؤدّي دينه المعلوم المقدار [تلزم الهبة] إذا راعى الموهوب له الشرط، وإلّا فللواهب الرجوع عن الهبة.

وكذلك لو وهب أحد عقاراً مملوكاً لآخر بشرط أن يقوم بنفقات الواهب إلى وفاته، ثمّ ندم وأراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار، فليس له ذلك مادام الموهوب له راضياً بإنفاقه وفق ذلك الشرط.

والموهوب له يملك الموهوب بمجرّد دفع العوض إن كان عيناً أو عملاً دفعياً، أمّا لو كان تدريجياً كالإنفاق وعدم الطلاق لو وهبته صداقها واشترطت عدم طلاقها، فإنّه يملك الموهوب من حين شروعه بالعمل،

---

(١) انظر: الرياض ١٠: ٢٢٥، الجواهر ٢٨: ١٨٦.

(٢) ستأتي في ص ٨٢ و٨٤ و٨٥ و٨٨ و٩٥ و٩٦ و٩٨ و٩٩.

وتبقى الملكية مراعاة بإتمامه فيكون ملكاً متزلزلاً كالمبيع بالخيار ، فإن تمّ لزمت ، وإلّا كان له حقّ الرجوع ، فلو طلّقها استردّت المهر منه .

ولو مات الموهوب له المشروط عليه الإنفاق على الواهب إلى حين موته وجب على ورثته أن يقوموا مقام أبيهم في الإنفاق عليه ؛ لأنّه حقّ مالي تعلّق بذمّة مورّثهم كدين من ديونه ، فيجب عليهم تفريغ ذمّته منه ، فإن لم يفعلوا كان للواهب أن يرجع بهبته ويدفع لهم ما استوفاه من النفقة الماضية ويستردّ منهم قيمة ما استوفاه مورّثهم من المنافع .

هذا ما تقتضيه القواعد في هذا الفرع وأمثاله .

وقد غفل بعض الشرّاح عن ذلك ، فقال : (وإذا توفّي الواهب يتعذّر على الموهوب له أداء العوض ، ويكون القيام بذلك خارجاً عن إمكانه ودرجة اقتداره ، فيجب على الواهب أن يردّ قيمة ما صرف عليه ، ويستردّ ملكه على ما أرى وإ ن كان لا نصّ على ذلك ، بدليل : أنّ الموهوب له إذا اشترط على نفسه إعطاء عوض مقداره عشرة ليرات ، فأعطى بعضه وتمنّع من دفع الباقي ، فقد قال الفقهاء : بأنّ للواهب استرداد الموهوب وردّ العوض المقبوض)[١] انتهى .

وقد أخطأ الرجل القياس وقاس مع الفارق ، فإنّـ[ـه] في صورة الموت ينتقل الحقّ إلى تركته ، ويجب على ورثته إخراجه منها ، ويقوم كلّ واحد منهم بقسطه ، فإذا امتنع أو امتنعوا ولم يمكن جبرهم جاءت قضية الردّ والاسترداد ، كما في صورة الامتناع التي ذكرها ، أمّا في صورة الإمكان وعدم

---

(١) لم نعثر ـ في ما لدينا من شروح (المجلّة) ـ على نصٍّ كهذا .

الامتناع فيجب الوفاء بالعقد وشروطه ولا يجوز الفسخ ، وإذا امتنعوا أو امتنع هو فعلوا حراماً وأوجبوا للآخر خياراً ، فكيف يقاس هذا بذاك ؟!

وهكذا حكم بقية ما ذكره من الأمثلة مثل : ما لو ظهر مستحقّاً ، فإنّ اللازم إمّا دفع المثل أو القيمة ، والمحافظة على العقد وشروطه ، ومع الامتناع فالاسترداد .

ومن الغريب أنّه عقّب ذلك بقوله : (وليس لورثة الموهوب له أن يطلبوا بقاء الهبة والإنفاق على الواهب من مالهم إلى حين وفاته ؛ لأنّهم لم يتّفقوا معه في الأصل) انتهى .

وقد عرفت أنّه هو المتعيّن ولا يصحّ غيره مع إمكانه ، والإنفاق يكون من التركة لا من أموالهم ، ولو امتنعوا يلزمون به .

وقوله : (لأنّهم لم يتّفقوا معه في الأصل) واضح الضعف : بأنّ الاتّفاق مع مورّثهم يسري مفعوله إليهم ، بل إلى تركته .

نعم ، لو لم يكن له تركة فلا حقّ على الورثة ، ويتعيّن التراد .

والحقوق المالية على المورّث أو له تنتقل إلى الوارث أو عليه .

فلو اشترى داراً فيها خيار للبائع ومات انتقلت الدار للورثة وفيها خيار للبائع ، فلو فسخ يستردّها منهم وإن كان الاتّفاق لم يكن معهم ، وهكذا نظائر ذلك ، وما نحن فيه من هذا القبيل .

الفصل الثاني

في بيان شرائط الهبة

أركان الهبة التي تتحقّق بها ـ كما سبق [1] ـ : الواهب ، الموهوب له ، المال الموهوب ، عقد الهبة .

وحسن التحرير يقتضي ذكر شرائط كلّ واحد منها متميّزاً عن الآخر ، ولكن (المجلّة) داخلت بعضاً ببعض .

وتحرير البحث هنا على الإيجاز : أنّه يشترط في الواهب ـ مضافاً إلى الشروط العامّة من : العقل والبلوغ والرشد وعدم الحجر والخلو من مرض الموت عند جماعة [2] والقصد والاختيار ـ أن يكون حرّاً مالكاً أو مأذوناً منه ، فلو وهب العبد أو مال الغير وقف على الإجازة .

أمّا الموهوب له فلا يشترط فيه العقل ولا البلوغ ولا الحرّية ولا الرشد ، بل تصحّ الهبة لفاقدها ، ويقبل عنهم الولي أو المولى ، ولا عبرة بقبول المجنون أو الطفل أو السفيه أو الساهي أو المكره ، ولا بقبضه .

وأهمّ الشروط في الموهوب له أن يكون موجوداً حال الهبة فلا تصحّ للمعدوم الذي سيوجد . وفي صحّتها للجنين إشكال ، ولا تبعد الصحّة مع

---

(١) سبق في ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) انظر الجواهر ٢٨ : ١٧١ .

قبول الولي وقبضه ، كالوصية له .

أمّا الموهوب فيشترط أن يكون موجوداً في العين أو في الذمّة ، وأن يكون مالاً متقوّماً مملوكاً مقدوراً على قبضه ، لا حقّ فيه للغير من رهن ونحوه معيّناً ، لا مجهولاً مطلقاً أو لا واقع له .

فلا يصحّ : وهبتك شيئاً أو مالاً ، ويصحّ : وهبتك ما في الصندوق ، أو : صاعاً من صبرة ، أو : أحد هذين الثوبين . ويتعيّن بالقبض ، أمّا المشاع فسيأتي [١] .

أمّا عقد الهبة فيتقوّم بالإيجاب والقبول ، ويشترط فيه القبض والتنجيز .

هذا ما يقال في هذا المجال ، وإذا عرفته ونظرت ما في (المجلّة) يتّضح لك قصور البيان وضعف التحرير فيها وعدم الاستيفاء .

وقد قدّمت بعض شرائط الموهوب في :

(مادّة : ٨٥٦) يشترط لصحّة الهبة وجود الموهوب وقت الهبة[٢] .

ومدركه واضح ، فإنّ المعدوم المطلق لا يجري عليه تمليك ولا تملّك ولا غيرهما من الأحكام ، إلّا في موارد مخصوصة يتحقّق له نحو من الوجود ببعض الاعتبارات .

---

(١) سيأتي في ص ٦٩ .

(٢) لم يرد : (لصحّة الهبة) ، ووردت زيادة : (في) بعد كلمة : (الموهوب) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧١ .

وورد هذان التغييران ، وكذلك ورد : (فلو) بدل : (ولد) في درر الحكّام ٢ : ٣٨٤ .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٩٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٤ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٣ .

بناءً عليه لا تصحّ هبة عنب بستان سيدرك أو ولد فرس سيولد .

(مادّة : ٨٥٧) يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب .

بناءً عليه لو وهب أحد مال غيره لا تصحّ ، ولكن ـ بعد الهبة ـ لو أجازها صاحب المال تصحّ [1] .

(مادّة : ٨٥٨) يلزم أن يكون الموهوب معلوماً ومعيّناً .

بناءً عليه لو وهب أحد من المال شيئاً أو من الفرسين أحدهما لا على التعيين لا تصحّ [2] .

---

(١) ورد : (فلو) بدل : (بناءً عليه لو) ، و : (واحد) بدل : (أحد) ، ووردت زيادة : (بلا إذنه) بعد : (غيره) ، و : (الهبة) بعد : (لا تصحّ) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧١ .
وورد : (يشترط) بدل : (يلزم) ، ووردت زيادة : (بلا إذنه) بعد : (غيره) ، وورد : (**إلّا أنّه لو أجازها صاحب المال ـ بعد الهبة ـ تصحّ**) بدل : (**ولكن ـ بعد الهبة ـ لو أجازها صاحب المال تصحّ**) في درر الحكّام ٢ : ٣٨٥ .
انظر : بدائع الصنائع ٨ : ٩٦ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ١٤١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٤ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٤ .

(٢) ورد : (فلو) بدل : (بناءً عليه لو) ، و : (واحد) بدل : (أحد) ، ووردت زيادة كلمة : (الهبة) بعد : (لا تصحّ) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧١ .
كما أنّ للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ علىٰ ما في المصدر السابق ـ هي :
(ولو قال : أيّما أردت من هذين الفرسين فهو لك ، فإن عيّن الموهوب له في مجلس الهبة صحّت ، وإلّا فلا فائدة في تعيينه بعد تفرّق مجلس الهبة) .
وهذا هو رأي الحنفيّة والشافعيّة .
أمّا المالكيّة فقد جوّزوا هبة المجهول على الظاهر ، وعن الحنابلة روايتان .
راجع : بدائع الصنائع ٨ : ٩٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٣٢٧ ، الإنصاف ٧ : ١٢٣ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٤ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٣ .

اعلم أنّ الهبة ليست كالبيع في لزوم المعلومية التامّة للمبيع وارتفاع الجهالة عنه من كلّ جهة ، بل حالها في ذلك أمر بين الأمرين ، فلا تصحّ الجهالة المطلقة ، ولا تلزم المعلومية التامّة .

ولمّا كان هبة شيء أو مال من المجهول المطلق لم يصح ، ولكن هبة عبد من عبدين ـ ولا سيّما إذا كانا متساويين من جميع الجهات ـ أو ثوب من ثوبين كذلك ، فحيث إنّ الجهالة المطلقة مرتفعة ولا غرر في البين ـ إذ ليست الهبة من عقود المعاوضات ولو كانت على الفرض منها فالمفروض التساوي ـ فالقاعدة تقتضي صحّة أمثال هذه الهبات ، وإنّما لم يصح مثل ذلك في البيع لدليل خاصٍّ من إجماع ونحوه .

على أنّ أرباب (المجلّة) صحّحوا نظيره حتّى في مثل البيع ، كما سبق في محلّه (١) .

ولو قيل بعدم الصحّة فلا فرق بين أن يقول : أيّما أردت من هذين الفرسين ، أو قال : وهبتك أحد هذين الفرسين ، وإذا كان التعيين مصحّحاً للهبة فليكن مصحّحاً لها في الصورتين ، وإلّا فالفرق بينهما في الحكم تحكّم وتفرقة من غير فارق ، كما أنّ قبول التعيين في المجلس دون خارجه تحكّم آخر ، والكلّ بلا دليل .

والحقّ : ما عرفت من الصحّة في الجميع بعد القبض سواء كان في مجلس الهبة أو في خارجه مع الاجتماع أو بعد المفارقة ، وكلّ تلك التفاصيل استحسانات لا ترتكز على وجه مستحسن .

---

(١) سبق في ج ١ ص ٤٠٩ ـ ٤١٢ .

هذا كلّه في هبة الأعيان أو المنافع لو قيل بصحّة هبتها .

أمّا هبة الديون فلا إشكال في صحّة هبة المجهول منها .

فلو كان له دين على إنسان لا يعلم مقداره صحّت هبته ؛ لأنّه بمنزلة الإبراء ، بل لو وهبه لآخر صحّ بعد قبضه إن كان المديون يعرف قدره ، وإلّا صالحه عليه وصار بمنزلة الحوالة .

وهذا كلّه سهل لا عقدة فيه ، إنّما الإشكال والعقدة عند الفقهاء من الفريقين في هبة المشاع ، فمنع بعضهم منه ؛ لعدم إمكان القبض حتّىٰ مع إذن الواهب ؛ لمكان مزاحمة الشريك ، فلا يتمكّن المتّهب من الاستيلاء التامّ عليه ، ولا قبض بدونه (١) .

وتحرير المقام ـ بحيث تتضح الأقسام ويتميّز موضع الإشكال منها من غيره ـ : أنّ الهبة في المشاع إمّا أن تكون لحصّة مشاعة أو للحصّة المشاعة ، والأوّل إمّا أن تكون العين في يد الموهوب له بإجارة أو عارية أو نحوهما ،

---

(١) قال الشيخ الطوسي : (هبة المشاع جائزة سواء كان ذلك ممّا يمكن قسمته أو لا يمكن .
وبه قال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وسائر الفقهاء .
وقال أبو حنيفة : هبة المشاع في ما لا يمكن قسمته ـ مثل : الحيوان والجواهر والحمامات والرحا وغيرها ـ يصحّ ، فأمّا ما ينقسم فلا يجوز هبته) . (الخلاف ٣ : ٥٥٧) .
ولاحظ : النتف في الفتاوىٰ ١ : ٥١٢ ـ ٥١٣ ، تهذيب المسالك ٥ : ٥٥٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٣٢٧ ، المغني ٦ : ٢٥٣ ـ ٢٥٤ ، المجموع ١٥ : ٣٧٤ و٣٧٥ ، تبيين الحقائق ٥ : ٩٣ ، تكملة شرح فتح القدير ٧ : ٤٨٨ ، اللباب ٢ : ١٧٢ .
كما أنّه قد ادّعي الإجماع علىٰ عدم صحّة هبة المشاع في نهج الحقّ ٥١٠ ، وادّعي عدم الخلاف في الرياض ١٠ : ٢١٣ .
ولا يخفىٰ أنّ العقدة في كيفية الإقباض دون نفسه ، فلاحظ .

أو لا تكون في يده .

وفي الأوّل لا إشكال في صحّة هبته ؛ لتحقّق القبض والاستيلاء حسب الفرض .

كما لا إشكال في الثاني إذا أقبض الواهب تمام العين للموهوب له ولو باعتبار جعله كوكيل أو أمين على الحصّة الباقية .

وأمّا الثاني ـ وهو هبة الحصّة المشاعة ـ فإن كانت العين في يد الموهوب له أيضاً فلا إشكال ، وكذا لو كانت بأجمعها في يد الواهب فسلّطه عليها ولو بإذن الشريك .

أمّا لو كانت بيدهما معاً ـ كما هو الغالب في المشاع ولعلّ هذا هو موضع الإشكال في عدم إمكان القبض والاستيلاء التامّ ـ ولكنّه لا يخلو من حالين ـ بعد إذن الواهب بالقبض بالنسبة إلىٰ حصّته الموهوبة ـ إمّا أن يأذن الشريك أيضاً ، فيقوم المتّهب مقام الواهب ، وتكون يده بموضوع تلك اليد منضمّة إلى يد الشريك ، ولا يعتبر في القبض أكثر من هذا ، فلا ينبغي الإشكال في صحّته .

وإمّا أن لا يأذن ويمنع الموهوب له من الاستيلاء على حصّة شريكه الواهب ، فالهبة هنا وإن لم تتحقّق ـ لعدم تحقّق القبض ـ ولكن علاج هذا هو العلاج في ما لو امتنع الشريك من تمكين شريكه ، أليس هو الحاكم ؟! فيجبره إمّا على القسمة ، أو البيع ، أو غير ذلك ممّا هو محرّر في محلّه .

ومنع الموهوب له في الحقيقة منع لسلطة الواهب عن التصرّف في

ملكه ، و : « الناس مسلّطون على أموالهم » [١] .

وهو كما لو باع ومنع المشتري ، فلا بدّ ـ لرفع هذا العدوان ـ من الرجوع إلى الحاكم وقوّة السلطان ، وإلّا بقيت الهبة معلّقة حتّى يحصل القبض .

نعم ، قد يقال : إنّ الإشكال في هبة المشاع ليس من هذه الناحية ، بل من جهة أنّ هبة المشاع بجميع أقسامه لا يحصل فيه القبض المعتبر في الهبة .

وهو السلطنة المطلقة من غير مزاحم ، ولمّا كان المشاع ليس لأحد الشريكين فيه تلك السلطنة لمزاحمة كلٍّ منهما للآخر وتصرّف كلٍّ منهما مقيّد برضا الآخر ، فلا تصحّ هبته ؛ لعدم إمكان ذلك القبض المعتبر [٢] .

ولكن هذه الدعوىٰ مدفوعة : بإطلاق أدلّة القبض وأنّ قبض كلّ شيءٍ بحسبه ، وكونه بحيث لا يتصرّف شريكه إلّا بإذنه نحو من السلطنة ، ولا دليل على اعتبار ذلك القبض الخاصّ ، بل الإطلاقات تدفعه ، ولم يذكروا ذلك في شيءٍ من المعاملات التي يعتبر فيها القبض ، كالوقف والسلم وغيره .

والقصارى : أنّ عقدة هذا الإشكال تنحلّ بكلمة واحدة ، وهي : أنّ هبة المشاع يعتبر فيها إذن الواهب وإذن شريكه ، فإن أذن ، وإلّا أجبره الحاكم ، وانتهى كلّ شيءٍ .

---

(١) الغوالي ١ : ٤٥٧ و٢ : ١٣٨ ، البحار ٢ : ٢٧٢ .

(٢) الظاهر أنّ هذا القول للشهيد الأوّل في الدروس ، كما حكاه عنه الشهيد الثاني واستحسنه في المسالك ٦ : ٢٧ .

وكان على المانعين أن يقولوا : إنّ هبة المشاع لا تصحّ إلّا بإذن الشركاء جميعاً بقبضه ، لا أن يمنعوا من صحّته مطلقاً .

ثمّ لا فرق ـ في ما ذكرنا من صحّة هبة المشاع ـ بين أن يكون قابلاً للقسمة أم لا ، منقولاً أم لا ، يهبه لواحد أو أكثر من واحد ، لصغير أو كبير ، رحم أو لا ، والإشاعة بين اثنين أو أكثر .

وقد أطال بعض الشرّاح وأسهب في هذه التقاسيم وصحّح بعضاً [١] ، وكلّه تطويل بلا طائل ، وملاك المسألة ما ذكرنا ، فتدبّره واغتنمه ، فلعلّك لا تجده في غير هذه المهارق [٢] ، والمنّة لله وحده .

(مادّة : ٨٥٩) يشترط أن يكون الواهب عاقلاً بالغاً .

بناءً عليه لا تصحّ هبة الصغير والمجنون والمعتوه ، أمّا الهبة لهؤلاء فصحيحة [٣] .

تقدّم ذلك [٤] ، بل لا حاجة إلى ذكره ؛ لأنّهما من الشرائط العامّة المعتبرة في تمام العقود ، بل والإيقاعات .

---

(١) انظر درر الحكّام ٢ : ٣٨٨ وما بعدها .

(٢) المُهْرَق : الصحيفة البيضاء يكتب فيها ، فارسي معرّب . (لسان العرب ١٥ : ٧٩) .

(٣) ورد : (فبناءً عليه) بدل : (بناءً عليه) ، و : (وأمّا) بدل : (أمّا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٢ .
وودرت المادّة نصّاً في درر الحكّام ٢ : ٣٩٧ .
قارن : التنبيه ٢٠١ ، بدائع الصنائع ٨ : ٩٤ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٤ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ١٤١ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٣ .

(٤) تقدّم في ص ٦٥ .

أمّا المجنون فلا قصد له غالباً ، وأمّا الصغير فلا أثر لقصده ، إلّا إذا كان مميّزاً ، فيصحّ بإذن وليّه .

ومن الغريب هنا أنّ بعض الشرّاح صرّح هنا بكفاية عقل السكران الذي شرب الخمر ، فقال : إنّه كافٍ لأهلية التصرّف بالهبة [1] .

وهو كما ترى ! .

وعدم تعرّض (المجلّة) للسكران وتخصيص عدم الصحّة بالصغير والمجنون والمعتوه يشعر بذهابهم إلى صحّة هبة السكران .

ونحن نترك التعليق عليه للصحاة من أرباب العقول ، لا للسكارى والمجانين !

(مادّة : ٨٦٠) يلزم في الهبة رضا الواهب ، فلا يصحّ بالجبر والإكراه [2] .

هذا أيضاً من الشرائط العامّة التي كان الأولى ذكرها في محلٍّ واحد والاستغناء عن إعادتها في كلّ عقد ومعاملة .

نعم ، لو أجبره على الهبة ثمّ رضي بعد الإكراه أمكن القول بالصحّة على تأمّل يشعر به متن (المجلّة) فليتأمّل .

---

(١) درر الحكّام ٢ : ٣٩٧ .

(٢) وردت المادّة ـ في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٢ ، درر الحكّام ٢ : ٣٩٩ ـ بالصيغة التالية :

(يلزم في الهبة رضا الواهب ، فلا تصحّ الهبة التي وقعت بالجبر والإكراه) .

انظر : النتف في الفتاوىٰ ٢ : ٦٩٧ ، البحر الرائق ٨ : ٧١ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ١٣١ .

وقد اقتصرت على هذا المقدار من الشرائط ، وأهملت كثيراً منها ، فتدبّره .

الباب الثاني

في بيان أحكام الهبة

ويشتمل على فصلين

الفصل الأوّل

في بيان الرجوع عن الهبة

يعني : في جواز الهبة ولزومها .

ولعلّك عرفت كما أنّ الأصل في عقود المعاوضات المبنية على التغابن هو اللزوم إلّا ما خرج بالدليل ، فكذلك الأصل في عقود المجّانيات هو الجواز إلّا ما خرج ، وكما أنّ أشهر عقود المعاوضات اللازمة وأهمّها هو البيع ، وكلّ فرد يشكّ فيه أنّه وقع جائزاً أو لازماً يبنىٰ على لزومه ، وكذا لو شكّ في حكم نوع منه شرعاً ـ يعني : أنّ الأصل هو اللزوم سواء كانت الشبهة مصداقية أو حكمية ـ فكذا أهمّ وأشهر العقود المجّانية هو الهبة ، وهي عكس البيع ، فكلّ نوع منها يشكّ أنّ حكمه اللزوم أو الجواز وكلّ فرد يشكّ أنّه من الجائز أو اللازم يبنى على جوازه ؛ للأصل .

فأصل الهبة ـ بعد تحقّقها بالقبض ـ هو جواز الرجوع ، إلّا ما خرج باليقين ، كما أنّ الأصل في البيع ـ بعد تحقّقه بمجرّد العقد ـ هو اللزوم ، إلّا ما علم خروجه .

وهذا أهمّ ما في هذا الفصل ، وقد ذكر [ت] :

(مادّة : ٨٦١) يملك الموهوب له الموهوب بالقبض [١] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٣ .

←

توطئة لما بعده ، وإلّا فهذا الحكم قد تقدّم في (مادّة : ٨٤١) وما بعدها [١] .

ومن لوازم عدم الملكية إلّا بالقبض أنّ المنافع الحاصلة ما بين العقد والقبض هي للواهب ، وله المنع من القبض والعدول ؛ إذ الموهوب لا يزال في ملكه لرحم كانت الهبة أو لغيره .

ولو توفّي أحدهما قبل القبض بطل العقد وانتقل المال إلى ورثة الواهب ، فلو وافقوا على الهبة فلا بدّ من عقد جديد .

وللواهب التصرّف بالعين قبل القبض كيف شاء .

وكلّ هذا ونظائره متفرّع على عدم تأثير العقد أيّ أثر سوى صلاحيته للحوق القبض ، فتحصل الملكية نقلاً لا كشفاً ، بخلاف إجازة الفضولي على المشهور عند المحقّقين [٢] .

وممّا ذكرنا يتّضح أنّ هذه المادّة بمدلولها تغني عن :

(مادّة : ٨٦٢) للواهب أن يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضا الموهوب له [٣] .

← ووردت في درر الحكّام (٢ : ٤٠١) بتقديم : (بالقبض) على : (الموهوب) .

راجع : المبسوط للسرخسي ١٢ : ٥٧ ، بدائع الصنائع ٨ : ١٠٦ و١٠٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٧٥ و٣٧٧ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٢٥ .

(١) تقدّم ذلك في ص ٤٧ وما بعدها .

(٢) انظر المكاسب ٣ : ٤٠٨ .

(٣) راجع : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٥ ، اللباب ٢ : ١٧٥ .

بل في الحقيقة لم يحصل شيء ناجز حتّى يحتاج إلى الرجوع ، وإنّما هو ـ أي : العقد ـ استعداد ، كما عرفت ، فرجوعه وعدمه سواء من حيث الأثر الفعلي .

وعدم القبض والإقباض يغني عن الرجوع ، فلا حاجة أيضاً إلىٰ :

(مادّة : ٨٦٣) نهي الواهب عن القبض بعد الإيجاب رجوع [(١)] .

فإنّ الإيجاب بل ومع القبول لم يؤثّر شيئاً حتّى يكون النهي رجوعاً ، وإنّما الحاصل هو الاستعداد ، وهو باقٍ حتّى مع النهي عن القبض ، فلو أذن له بالقبض ـ بعد ذلك ـ فقبض تمّت الهبة .

نعم ، موضع الرجوع حقيقة بعد العقد والقبض في الهبة الجائزة ، كما في :

(مادّة : ٨٦٤) للواهب أن يرجع عن الهبة والهدية بعد القبض برضا الموهوب [له] [(٢)] .

---

(١) وردت زيادة : (الموهوب له) بعد كلمة : (الواهب) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٥ .

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٦ .

(٢) بلحاظ تكملة المادّة التي ستُذكر لم ترد عبارة : (**وإن كان مانع فلا يفسخ**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٥ .

والحكم المذكور في المادّة هو رأي الحنفيّة في المسألة .

وذهب الشافعيّة والمالكيّة والحنابلة إلىٰ : أنّه إذا وهب لغير الولد وقبض لزم ، ولا رجوع له بعد ذلك فيها مطلقاً .

قارن : المغني ٦ : ٢٩٥ ، المجموع ١٥ : ٣٨١ ـ ٣٨٢ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٢٧ ←

والقيد الأخير عندنا مستدرك [١] ، بل في غير مواضع اللزوم مطلقاً رضي الموهوب له أم لا .

ولو كان منوطاً برضاه لكانت من العقود اللازمة كالبيع ، وقد عرفت أنّ طبيعتها الجواز عكس البيع .

ويدلّ عليها الحديث المشهور : « الواهب أحقّ بهبته ما لم يثب عنها »[٢] ، وأخبارنا به مستفيضة .

والرجوع إلىٰ الحاكم ـ كما في (المجلّة) : **(وإن لم يرض الموهوب له راجع الواهب الحاكم ، وللحاكم فسخ الهبة إن لم يكن ثمّة مانع من موانع الرجوع التي ستذكر في الموارد الآتية ، وإن كان مانع فلا يفسخ) .**

فضلة مستغنى عنه ؛ فإنّ تشخيص كونها هبة لازمة أو جائزة واضح لا حاجة فيه إلى الرجوع إلى الحاكم ، وأسباب اللزوم محصورة معلومة ، كما

← و٢٤٣ ، تبيين الحقائق ٥ : ٩٧ ـ ٩٨ و١٠١ ، مواهب الجليل ٦ : ٦٦ ـ ٦٧ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٠ و٢٩٤ ، مغني المحتاج ٢ : ٤٠٤ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٥٩ و٣٦٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٥ و٣٩٠ ـ ٣٩١ .

(١) انظر : الخلاف ٣ : ٥٦٧ ، الرياض ١٠ : ٢٢٥ .

(٢) ورد الحديث بلفظ : « الواهب أحقّ بهبته ما لم يثب منها » في : سنن الدارقطني ٣ : ٤٤ ، نصب الراية ٤ : ١٢٥ .

وورد بلفظ : « الرجل أحقّ بهبته ما لم يثب منها » في : سنن ابن ماجة ٢ : ٧٩٨ ، سنن الدارقطني ، ٣ : ٤٤ ، نصب الراية ٤ : ١٢٥ .

وورد بلفظ : « من وهب هبة فهو أحقّ بها ما لم يثب منها » في : المستدرك للحاكم ٢ : ٦٠ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦ : ١٨١ .

وورد بلفظ : « من وهب هبة فهو أحقّ بهبته ما لم يثب منها » في المعجم الكبير للطبراني ١١ : ١١٩ .

سيأتي بيانها [١] ، وقد تقدّم بعضها [٢] ، ولا خصومة حتّى تحتاج إلى حكومة .

فالهبة إن كانت جائزة جاز الرجوع للواهب فيها رضي الموهوب له أم لا حكم الحاكم أم لم يحكم ، فإنّه حكم كلّي إلَهي ، وليس من التطبيقات الشخصية التي تتوقّف على حكم الحاكم .

وكأنّ أرباب (المجلّة) لم يتميّز عندهم مورد حكم الحاكم عن حكم الشارع ، فاشتبه عليهم الأمر ، أو بالأحرى لم يتّضح لهم الفرق بين الفتوى والقضاء .

وإن كانت لازمة ـ أي : واجدة لبعض أسباب اللزوم ـ فلا رجوع للواهب ، ولا حكم للحاكم .

أفليس من الغريب ـ مع هذا ـ قولهم في :

(مادّة : ٨٦٥) لو استردّ الواهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم وقضائه وبدون رضا الموهوب له يكون غاصباً .

وبهذه الصورة لو تلف أو ضاع في يده يكون ضامناً [٣] .

---

(١) سيأتي بيانها في ص ٨٢ و٨٤ و٨٥ و٨٨ و٩٥ و٩٦ و٩٨ و٩٩ .

(٢) تقدّم في ص ٦٢ .

(٣) ورد : (كان) بدل : (يكون) ، و : (في هذه) بدل : (بهذه) ، و : (يضمن) بدل : (يكون ضامناً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٦ .

ووردت زيادة : (من نفسه) بعد كلمة : (القبض) ، وورد : (بدون رضا الموهوب له أو بدون حكم الحاكم وقضائه) بدل : (بدون حكم الحاكم وقضائه وبدون رضا الموهوب له) ، و :

←

وقد عرفت أنّ حكم الحاكم أجنبي في المقام ولا محلّ له أصلاً ، وأنّ المدار على نوع الهبة ، فإن كانت جائزة له الرجوع ويأخذه قهراً من الموهوب له ؛ لأنّ الملكية رجعت له ، ولا ضمان أصلاً حكم الحاكم أم لا ، وإن كانت لازمة لم يجز له الرجوع ، إلّا برضا الموهوب له ، فيكون من قبيل الإقالة ، ولو أخذه بدون رضاه كان غاصباً وضامناً ؛ لأنّه ملك للموهوب له حكم الحاكم أيضاً أم لا .

هذا هو العلم المشذّب ، وما ذكرته (المجلّة) هنا وبعض شرّاحها [1] محلول العرى مشبع بألوان الضعف والركاكة .

ثمّ إذا رجع الواهب في موضع الجواز فهي ملكية جديدة لا فسخ للملكية السابقة ، ولذا يسترجع نفس العين دون منافعها ، فإنّها للموهوب له ، وسيأتي توضيح ذلك [2] .

وقد شرعت (المجلّة) في ذكر أسباب اللزوم ، وقد تقدّم بعضها ، وهي أُمور :

(**الأوّل**) : هبة ذي الرحم .

كما في :

← (كان) بدل : (يكون) في الموضعين ، و : (في هذه) بدل : (بهذه) في درر الحكّام ٢ : ٤٠٦ .

راجع : البحر الرائق ٧ : ٢٩٤ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٩١ .

(١) لاحظ : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٦ ، درر الحكّام ٢ : ٤٠٦ ـ ٤٠٧ .

(٢) سيأتي في ص ٨٧ وما بعدها وص ٩٥ .

(مادّة : ٨٦٦) من وهب لأصوله وفروعه أو لأخيه وأُخته أو لأولادهما أو لعمّه وعمّته شيئاً فليس له الرجوع [١] .

وهذه الضابطة ـ مع طولها ـ مختلّة ، وكان الأصحّ جعل العنوان : هبة ذي الرحم ، كما في الحديث المشهور : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها » [٢] .

فيشمل الخال والخالة وأولادهم والجدّ والجدّة وإخوتهم .

وفي أخبار أهل البيت عليهم‌السلام : « الهبة والنحلة يرجع فيها إن شاء ، إلّا لذي رحم » [٣] .

---

(١) ورد : (أو أُخته) بدل : (وأُخته) ، و : (أو لعمّته أو لخاله أو لخالته) بدل : (وعمّته) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٦ .
ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٤٠٩) بهذا اللفظ :
(إذا وهب شخص شيئاً لأُصوله وفروعه أو لأخيه أو لأُخته أو لأولادهما أو لأخ وأُخت أبيه وأُمّه فليس له الرجوع بعد الهبة) .
وهذا هو رأي الحنفيّة .
أمّا الشافعيّة فقد قالوا : للوالد والوالدة أن يسترجعا هبتهما علىٰ كلّ حال من الولد وذي الرحم ذكراً كان أو أُنثىٰ .
وقال المالكيّة : إن كان الولد قد انتفع بالهبة ـ مثل : أن يكون قد زوّج الرجل بالمال الذي وهب له ـ لم يجز له الرجوع فيه ، وإن كان لم ينتفع بعد كان له الرجوع فيه .
وقال الحنابلة : لا يجوز الرجوع لواهب عن هبته ، إلّا الأب خاصّة .
انظر : بداية المجتهد ٢ : ٣٣٠ ، المغني ٦ : ٢٩٥ و ٢٩٧ ، المجموع ١٥ : ٣٨٢ و ٣٨٤ ، الإنصاف ٧ : ١٣٦ ، مغني المحتاج ٢ : ٤٠١ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ١٥٣ .

(٢) قارن : سنن الدارقطني ٣ : ٤٤ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦ : ١٨١ ، الأحكام الوسطىٰ ٣ : ٣١٣ ، كنز العمّال ٦ : ٦٣٩ .

(٣) الكافي ٧ : ٣١ ، الاستبصار ٤ : ١٠٨ ، الوسائل الهبات ٦ : ٢ (١٩ : ٢٣٧) ، بأدنىٰ تفاوت .

ولا يختصّ عندنا بالمحرم ، بل يعمّ كلّ ما يصدق عليه القرابة والرحم عرفاً محرماً أو غير محرم [١] ؛ لوجود لفظ القرابة في بعض الأخبار [٢] .

ولا فرق فيه بين الصغير والكبير ، بل والمسلم والكافر ؛ لإطلاق الأدلّة .

(**الثاني**) : الزوجية .

كما في :

(مادّة : ٨٦٧) لو وهب كلّ من الزوج والزوجة صاحبه شيئاً حال كون الزوجية قائمة بينهما ، فبعد التسليم ليس له الرجوع [٣] .

فعنوان الزوجة يستوجب لزوم الهبة وإن لم يكن بينهما قرابة .

ففي أخبارهم عليهم السلام : « لا يرجع الرجل في ما يهب لامرأته ، ولا المرأة في ما تهب لزوجها ، حيز أو لم يحز ، أليس الله تعالى يقول : ﴿ **ولا يحلّ لكُم أن تَأخُذُوا مِمّا آتيتموهُنَّ شَيئاً** ﴾ [٤] ، وقال تعالى : ﴿ **فإنْ طِبنَ لَكُم عَن شَيءٍ**

---

(١) انظر : المسالك ٦ : ٣١ ، الرياض ١٠ : ٢٢١ .

(٢) راجع : الاستبصار ٤ : ١٠٦ و١٠٧ و١٠٩ ، التهذيب ٩ : ١٥٥ و١٥٧ و١٥٨ ، الوسائل الهبات ٦ : ١ و٣ (١٩ : ٢٣٧ و٢٣٨) .

(٣) ورد : (وسلّمه) قبل كلمة : (حال) ، ولم يرد : (فبعد التسليم) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٧٧ .

وورد : (لآخر) بدل : (صاحبه) في درر الحكّام ٢ : ٤١٠ .

قارن : المبسوط للسرخسي ١٢ : ٦١ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٢٨ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٠٠ - ١٠١ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٧٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٦ ، اللباب ٢ : ١٧٦ .

(٤) سورة البقرة ٢ : ٢٢٩ .

فَكُلُوهُ مِنْهُ نفساً هَنِيئاً مَرِيئاً ﴾ [١] ؟ » [٢] .

والمراد : حازها الواهب ، فلو وهبها شيئاً قبل أن يقبضه أو قبضته هي بإذنه لم يجز له الرجوع .

ولا فرق فيهما بين الكبير والصغير ، والعاقل وغيره ، والمسلم وغيره ؛ للإطلاق أيضاً .

ولا يبعد لحوق المطلقة الرجعية بها دون البائنة .

(**الثالث**) : التعويض .

وقد سبق مفصّلاً في : (**مادّة : ٨٥٥**) [٣] ، وأعاده هنا [في] :

(مادّة : ٨٦٨) إذا أُعطي للهبة عوض ، فقبضه الواهب ، فهو مانع للرجوع [٤] .

---

(١) سورة النساء ٤ : ٤ .

(٢) الكافي ٧ : ٣٠ ، التهذيب ٩ : ١٥٣ ، الوسائل الهبات ٧ : ١ (١٩ : ٢٣٩) .

(٣) سبق في ص ٦٠ .

(٤) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٧٧ ـ ٤٧٨) بصيغة :

(إذا أُعطي للهبة عوض قبضه الواهب فهو مانع للرجوع .

وعلىٰ هذا لو أعطىٰ الواهب شيئاً ـ علىٰ أن يكون عوضاً عن هبته ـ وقبضه ، فليس له الرجوع سواء أُعطي العوض من الموهوب له أو من آخر) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٤١١) بلفظ :

(إذا أُعطي للواهب عوض وقبضه الواهب فهو مانع للرجوع .

فعليه لو أُعطي للواهب من جانب الموهوب له أو من آخر شيء ـ علىٰ كونه عوضاً عن هبته ـ وقبضه ، فليس له الرجوع عن هبته بعد ذلك) .

←

والمذكور سابقاً شرطية العوض ، والملحوظ هنا الأعمّ ؛ إذ لا فرق في اللزوم بين أن يشترط العوض في الهبة الأُولى ، أو يكون ابتداءً من الموهوب له من غير شرط عليه ، كما لا فرق بين وقوع الثانية بنحو الهبة أو العطية أو غيرهما .

ولكن يلزم في الجميع قصد العوضية ، أي : قصد أنّ دفع هذا المال أو العمل عوض للواهب عن هبته ، فلو أعطاه لا بقصد العوضية لم تصر لازمة ، بل له الرجوع فيها ، ومع قصد التعويض والتقابض من الطرفين فقد لزمتا معاً ، وليس لأحدهما الرجوع في ما أعطى بدون رضا .

نعم ، لو رضيا صحّ ، وكان نظير الإقالة في البيع .

ولا مانع أن يشترط الواهب أن يعوّضه الموهوب ولو ببعض هبته فضلاً عمّا لو عوّضه بشيءٍ منها بدون الشرط ، ويجري عليها ـ بعد التقابض ـ حكم الهبة المعوّضة .

نعم ، لا محلّ ولا معنى للزوم في ما لو اشترط عليه أن يعوّضه بها أجمع ؛ لأنّه راجع إلى الجواز أو الفسخ .

ثمّ لا فرق في العوض بين أن يكون من مال الموهوب له أو من غيره ، كما نصّت عليه (المجلّة) بقولها :

(فلو أعطى للواهب شيئاً ـ على أن يكون عوضاً لهبته ـ فليس له الرجوع إن كان من جانب الموهوب له أو الغير) .

← انظر : تبيين الحقائق ٥ : ٩٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٦ ، اللباب ٢ : ١٧٥ .

أمّا عدم رجوع الواهب والموهوب بعد التقابض فواضح ، إنّما الكلام في الغير لو دفع العوض ، فهل له الرجوع على الموهوب له بعوض ما دفع [أو لا] ؟

والتحقيق : أنّ دفعه إن كان بغير طلب المتّهب ولا بإذنه فلا إشكال في عدم استحقاق الرجوع عليه بالبدل ؛ لأنّه متبرّع ، وأمّا لو كان بطلبه أو بإذنه ، فإنّه طلب منه التبرّع صراحةً فلا رجوع أيضاً ، وإلّا فله حقّ الرجوع .

وهذا الحكم مطّرد في كلّ من دفع مالاً عن غيره ، سواء كان ممّا يطلب بالحبس والملازمة كالديون ونفقة الزوجة ، أو كان ممّا لا يطلب بذلك كالزكوات والكفارات والنذور ونحوها ، وسواء كان ممّا جرت العادة برجوعه أم لا .

فإنّ الأصل في دفع المال عن شخص بطلبه ضمانه ؛ لأصالة احترام مال المسلم ، إلّا أن يتبرّع به صريحاً فيسقط حرمته .

والتفاصيل المذكورة هنا في كتب القوم لا تعتمد على دليل .

(مادّة : ٨٦٩) إذا كان الموهوب أرضاً ، وأحدث الموهوب له فيه بناءً أو غرس شجراً ، أو حصل للموهوب زيادة متّصلة مثل : كونه حيواناً ضعيفاً وسمن بتربية الموهوب له ، أو تبدّل اسمه بتغيير الموهوب له ككونه حنطة وجعله دقيقاً ، فليس للواهب الرجوع .

وأمّا الزيادة المنفصلة فلا تمنع من الرجوع [1] .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٧٩ ـ ٤٨٠) بهذه الصيغة :

←

هذا هو (**السبب الرابع**) من أسباب اللزوم وعدم الرجوع ، وحقّه أن يعنون بعنوان : التصرّف والتغيير .

وهي من المسائل الخلافية عند فقهائنا ، بل وعند غيرهم في الجملة .

وتحرير البحث فيها : أنّ العين الموهوبة إمّا أن تتغيّر عند الموهوب له عمّا كانت عليه عند الواهب أو لا ، والتغيير إمّا أن يكون زيادة أو نقيصة ، وكلّ منهما إمّا أن يكون زيادة أو نقيصة متّصلة ، وكلّ منهما إمّا أن يكون زيادة أو نقيصة متّصلة أو منفصلة ، والمتّصلة سوقية أو عينية ، والعينية إمّا أن تكون بفعل الواهب أو الموهوب له أو أجنبي أو سماوي .

فالزيادة السوقية أو النقيصة وإن حصلت في ملك الموهوب له ، ولكن لا ينبغي الإشكال في أنّها غير مانعة من الرجوع أصلاً ؛ لأنّ معيار صحّة الرجوع عندنا هو معيار الرجوع في باب خيار العيب [1] ، وهو ـ كما في الأخبار هنا وهناك [2] ـ كون المال الموهوب أو المبيع قائماً بعينه .

← (**إذا حصل للموهوب زيادة متّصلة ، كما إذا كان الموهوب أرضاً فأحدث فيه الموهوب له بناءً ، أو غرس شجراً ، أو كان حيواناً ضعيفاً فسمن بتربية الموهوب له ، أو تبدّل اسمه ـ كأن كان حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً ـ لا يصحّ الرجوع عن الهبة حينئذٍ .**

أمّا الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع .

فلو حملت الفرس التي وهبها لغيره فليس له الرجوع عن الهبة ، لكن له الرجوع بعد الولادة .

وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له) .

وجاء قريب من هذا ما في درر الحكّام ٢ : ٤١٨ .

راجع : تبيين الحقائق ٥ : ٩٨ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩١ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٦ ، اللباب ٢ : ١٧٥ .

(١) انظر : المسالك ٦ : ٣١ ، الرياض ١٠ : ٢٣١ ، الجواهر ٢٨ : ١٨٨ .

(٢) في الهبة راجع : الكافي ٧ : ٣٢ ، التهذيب ٩ : ١٥٣ ، الوسائل الهبات ٨ : ١ (١٩ : ٢٤١) .

←

ولا إشكال أنّ ارتفاع القيمة وهبوطها لا يمنع صدق كونها قائمة بعينها، كما لا إشكال في أنّ الزيادة والنقيصة العينية تمنع من ذلك سواء كانت بفعل إنسان مطلقاً أو بسبب سماوي .

وإمّا إذا لم تتغيّر فإمّا أن يكون قد تصرّف بها بما لا يوجب التغيير كركوب الدابّة ولبس الثوب ومطالعة الكتاب ، أو لا ، والثاني هو القدر المتيقّن لجواز الرجوع .

كما لا ينبغي الإشكال في صحّة الرجوع في الأمّوال أيضاً ؛ لصدق كونها قائمة بعينها .

وأمّا المنفصلة فإن أوجبت تغيير العين ـ كما لو هزلت الدابّة بالولادة ـ فلا رجوع ، وإن لم توجب التغيير صحّ الرجوع ؛ لأنّها قائمة بعينها ، كما في (المجلّة) .

فلو حملت الفرس التي وهبها أحد لغيره فليس له الرجوع عن الهبة ، لكن له الرجوع بعد الولادة.

وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له .

أمّا الأقوال في أصل مسألة التصرّف فهي عندنا ثلاثة :

١ ـ مطلق التصرّف مانع من الرجوع حتّى مثل : لبس الثوب وركوب الدابّة [(١)] .

→ وفي خيار العيب راجع : الكافي ٥ : ٢٠٧ ، التهذيب ٧ : ٦٠ ، الوسائل الخيار ١٦ : ٣ (١٨ : ٣٠) .

(١) ذهب إلىٰ هذا القول : المفيد في المقنعة ٦٥٨ ، والطوسي في الخلاف ٣ : ٥٧١ ، والنهاية ←

ولعلّ مدركهم ظواهر الأخبار المانعة من الرجوع بالهبة مثل : « الراجع في هبته كالراجع في قيئه » (١) التي لا محيص من حملها على الكراهة ، وإلّا لزم كون الهبة مطلقاً لازمة حتّى مع عدم التصرّف ، فالدليل أعمّ من المدّعى ، مضافاً إلى كونه مصادماً للضرورة في أنّ الأصل في الهبة الجواز .

٢ ـ بعكسه وهو : أنّ مطلق التصرّف لا يمنع الرجوع (٢) .

ولعلّ مدركهم استصحاب الجواز ، وهو منقطع بالدليل ، وكلاهما إفراط وتفريط .

٣ ـ الوسط ـ وهو خيرها ـ : التفصيل بين الناقل كالبيع والصلح ونحوها أو المغيّر كطحن الحنطة وخياطة الثوب وغرس الأرض أو بنائها داراً ، وبين ما ليس بناقل ولا مغيّر كلبس الثوب ونحوه (٣) .

← ٦٠٣ ، وابن البرّاج في المهذّب ٢ : ٩٥ ، وابن إدريس في السرائر ٣ : ١٧٣ ، والآبي في كشف الرموز ٢ : ٥٨ ، والعلّامة في المختلف ٦ : ٢٣٦ ، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٢ : ٤١٥ ، والشهيد الأوّل في اللمعة الدمشقيّة ١٠١ ، وابن فهد الحلّي في المقتصر ٢١٢ ، والصيمري في تلخيص الخلاف ٢ : ٢٢٩ .

(١) تقدّمت مصادر هذا الحديث في ص ٤٥ ، فراجع .
ولاحظ كذلك : المنتقىٰ لابن الجارود ٢٤٩ ، مسند ابن الجعد ١٤٨ ، تيسير الوصول إلىٰ جامع الأُصول ٤ : ٣٤٩ .

(٢) ذهب إلىٰ هذا القول : أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه : ٣٢٣ ، وسلّار في المراسم ١٩٩ ، والمحقّق الحلّي في الشرائع ٢ : ٢٧٦ و٢٧٨ ، والمختصر النافع ١ : ١٦٠ ، والطباطبائي في الرياض ١٠ : ٢٣١ .
ونُسب لظاهر ابن الجنيد في المسالك ٦ : ٣٣ .

(٣) ذهب إلىٰ هذا القول : ابن حمزة في الوسيلة ٣٧٩ ، والشهيد الأوّل في الدروس ٢ : ٢٨٧ ، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٩ : ١٦٠ ، والسبزواري في كفاية الأحكام ١٤٥ .

وهذا هو الذي يساعد عليه الدليل والمعيار المذكور في الأخبار .

ففي صحيحة الحلبي [١] : « إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها ، وإلّا فليس » [٢] .

بقي في المقام أُمور مهمّة يلزم التنبيه عليها :

١ ـ قد عرفت أنّ انتقال العين من ملك الموهوب له إلى آخر يمنع من الرجوع ، كما في :

(مادّة ٨٧٠) إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه عن ملكه بالهبة والتسليم فلا يبقى للواهب صلاحية الرجوع [٣] .

وهذا ممّا لا إشكال فيه ، إنّما الإشكال لو عادت إلى ملكه ثانياً بشراء أو

---

(١) أبو جعفر محمّد بن علي بن أبي شعبة الحلبي ، وجه الأصحاب وفقيههم والثقة الذي لا يطعن عليه هو وإخوته : عبيد الله ، وعمران ، وعبد الأعلىٰ ، كما عبّر بذلك النجاشي .

له كتاب التفسير ، وكتاب مبوّب في الحلال والحرام .

روىٰ عن الباقر والصادق عليهما السلام .

وروى عنه عبد الله بن مسكان ، ومنصور بن حازم ، والحسن بن محبوب ، وصفوان بن يحيىٰ ، والمفضّل بن صالح ، وأبان بن عثمان ، وحمّاد بن عثمان .

(رجال النجاشي ٣٢٥ ، رجال الطوسي ١٤٥ و ٢٩٠ ، الفهرست ٣٨٥ ، الخلاصة ٢٤٣ ، نقد الرجال ٤ : ٢٧٠ ـ ٢٧١ ، منتهىٰ المقال ٦ : ١١٤ ـ ١١٥ و ١٢٢) .

(٢) الوسائل الهبات ٨ : ١ (١٩ : ٢٤١) ، بأدنىٰ تفاوت .

(٣) ورد : (لا) بدل : (فلا) ، و : (حقّ) بدل : (صلاحية) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨١ .

وورد التغيير الأوّل فقط في درر الحكّام ٢ : ٤٢٢ .

قارن : تبيين الحقائق ٥ : ١٠٠ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٣ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٦ ، اللباب ٢ : ١٧٥ .

إقالة أو إرث أو غير ذلك ، فهل يعود جواز الرجوع أو لا ؟

وجهان : من أنّ المانع إذا زال يعود الممنوع ، ومن أنّ مناط جواز الرجوع بقاء العين في يد الموهوب له على ما كانت ، والفرض هنا أنّها قد تغيّرت صفة ملكيتها .

وبعبارة أجلى : أنّ حقّ الرجوع كان في تلك الملكية الحاصلة بالهبة ، وقد زالت ، وهذه ملكية جديدة لم يتحقّق فيها حقّ الرجوع لأحد .

وبعبارة ثالثة أو وجه آخر : أنّ الواهب له حقّ الرجوع في الملكية التي نشأت منه ، وهذه ملكية أُخرى لا سلطة له عليها .

ومن هنا ذهب السيّد الأُستاذ قدس سره إلى : المنع من الرجوع [1] .

ولكن اللازم التفصيل بين ما إذا كانت الملكية العائدة هي الأُولىٰ كما في الأقالة والفسخ فله الرجوع ، وبين ما لو كانت غيرها كشراء ونحوه فلا رجوع .

ومع ذلك فالمسألة من أصلها لا تخلو من نظر ؛ لأنّ رجوع الموهوب إلى الموهوب له على حاله يحقّق صدق قيام الهبة بعينها المحقّق لموضوع الرجوع شرعاً ، والمدار فيه على صدق القيام ، والعرف ينظر إلى تغيّر العين وعدم تغيّرها ، لا إلى الملكية وتبدّلها وعدم تبدّلها .

أمّا قضية أنّ الملكية العائدة هي الزائلة أم غيرها [2] ، فلا أثر له في

---

(١) ملحقات العروة الوثقىٰ ٢ : ١٧٦ .

(٢) انظر المصدر السابق .

المقام أصلاً ، بل المدار على صدق القيام وعدمه .

٢ـ لو شكّ أنّ العين هل تغيّرت أو هي قائمة بحالها ؛ إمّا للشكّ في أنّ تبدّلها من تلك الحال إلى الحال التي هي فيه فعلاً يوجب صدق عدم القيام ، أو من جهة الشكّ في أصل التبدّل فالظاهر أنّه لا رجوع ؛ لعدم إحراز تحقّق الموضوع ، ومع الشكّ في تحقّق الموضوع لا مجرى للاستصحاب .

نعم ، يمكن أن يقال : إنّ هذه العين كان يجوز للواهب الرجوع فيها ، والآن كما كان ، وملك الصفة الزائلة ما كانت قيداً في الموضوع ، بل هي سبب الشكّ ، كالتغيّر في الماء النجس ، فإنّ زوال التغيّر لا يمنع من استصحاب نجاسته .

٣ ـ قد يقال : إنّ وطء الجارية ـ وإن لم يحصل به حمل ـ تصرّف مسقط للرجوع ، بدعوى : أنّه تغيير في الصفات النفسانية (١) .

وهو ـ كما ترى ـ ممنوع صغرىً وكبرىً .

نعم ، لو حملت وكانت بكراً فافتضها أو تكرّر منه الوطء كان من التصرّفات المسقطة للرجوع ؛ لعدم قيامها بعينها .

ومن هنا يظهر الكلام في الإجارة ، فإنّها لا تمنع الرجوع ؛ لأنّ العين قائمة على حالها ، والإجارة لا تغيّر من العين المستأجرة شيئاً حسّياً فضلاً عن مثل العارية والوديعة .

---

(١) القائل هو المحقّق القمّي ، كما في ملحقات العروة الوثقى ٢ : ١٧٧ .
ولاحظ ما ذكره العاملي في مفتاح الكرامة ١٨ : ٣١٦ .

ولو آجر الموهوب له العين الموهوبة ، ثمّ رجع الواهب في الأثناء ، فهل تبقى الإجارة بحالها ويسترجعها الواهب بعد انقضاء المدّة ، أو تنفسخ الإجارة ويسترجعها حالاً، أو لا يصحّ الرجوع أصلاً ؟

وجوه [١] ، أوجهها الأوّل ؛ لأنّه عقد صحيح صدر من أهله في محلّه ، فلا وجه لبطلانه ، غايته أنّ الواهب له حقّ الاسترجاع ، ومقتضى الجمع بين الحقّين أن يسترجعها مسلوبة المنفعة .

أمّا مثل : التدبير والمكاتبة فضلاً عن مثل : العتق والرهن أو غرس الأشجار أو بناء الأرض داراً أو مزج العين بمثلها بحيث لا تتميز فلا إشكال في عدم الرجوع في الجميع .

٤ ـ لو باع الواهب ـ بعد الهبة والقبض ـ العين الموهوبة ، فإن كانت الهبة لازمة فلا إشكال في أنّه فضولي موقوف على إجازة المتّهب ، وإن كانت جائزة فقيل : يقع باطلاً إن قصد به الرجوع عن الهبة والتمليك ؛ لأنّه لا بيع إلّا في ملك ، فلو توقّف الملك على البيع دارا [٢] .

وإن شئت قلت : إنّ السبب الواحد لا يعقل أن يكون مملّكاً للواهب وناقلاً هذه الملكية إلى المشتري ، فيكون عقداً وفسخاً .

ولكن [يمكن] تصحيحه ودفع هذين المحذورين : بأنّ توقّف ملكيته على البيع المحقّق للرجوع ممّا لا إشكال فيها ، فلا يملك إلّا بالبيع ، ولكن يكفي في الملكية المصحّحة للبيع اقترانها بالبيع لا تقدّمها وسبقها ،

---

(١) نُقل القولان الأوّلان في المسالك ٦ : ٤٣ .

(٢) انظر : المبسوط ٣ : ٣٠٤ ، المهذّب ٢ : ٩٥ ، الشرائع ٢ : ٤٥٩ ، الجامع للشرائع ٣٦٧ .

وقاعدة : (لا بيع إلّا في ملك) لا تقتضي أكثر من لزوم كون البيع مع الملك أعمّ من كونه سابقاً أو مقارناً .

توضيح ذلك : أنّ الرجوع في الهبة ـ كالرجوع في الطلاق ـ لا يحتاج إلى عقد ولا إيقاع ، بل يكفي فيه القول الدالّ عليه ، كما يكفي أيّ فعل من الأفعال الظاهرة في قصد الرجوع ، فالبيع الصادر من الواهب بما هو فعل قصد به الرجوع يكون فسخاً ومملّكاً له ، وبما هو عقد بلحوق القبول يكون ناقلاً ومملّكاً للمشتري ، فعند شروعه بالإيجاب انفسخت الهبة ورجع ملكاً للواهب وعند تمامية العقد إيجاباً وقبولاً يعود ملكاً للمشتري ، وينتقل إليه من الواهب .

فاندفع المحذوران مع المحافظة على القواعد ، واتجه القول بالصحّة .

وله نظائر :

(**منها**) : بيع ذي الخيار لنفسه ما انتقل عنه بقصد الفسخ .

و(**منها**) : عتق العبد الموهوب بقصد الرجوع في الهبة .

فتدبّره واغتنمه ، فإنّه من نفائس العلم .

(**السبب الخامس**) ـ من أسباب لزوم الهبة ـ : تلف العين الموهوبة .

كما نصّت عليه :

(مادّة : ٨٧١) إذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له فلا يبقى للرجوع محلّ [١] .

---

(١) ورد : (لا) بدل : (فلا) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨١ ، درر الحكّام ٢ : ٤٢٣ .

يعني : أنّ حقّ الرجوع قائم بشخص العين ، فيذهب بذهابها لا بماليتها حتّى ينتقل إلى المثل أو القيمة ، كما في الفسخ بالخيار بعد تلف العين .

ولا فرق في التلف المسقط للرجوع بين كونه سماوياً أو بشرياً من الواهب أو المتّهب أو أجنبي .

كلّ ذلك لما تكرّر من أنّ المعيار كون الهبة قائمة بعينها [١] .

نعم ، يمكن القول : بأنّ تلف البعض لا يمنع حقّ الرجوع في الباقي ؛ لأنّه قائم بعينه [٢] .

ولا يخلو من نظر .

والحقّ هو : التفصيل بين ما إذا كان الموهوب متعدّداً حقيقة كثوب وكتاب فتلف أحدهما لا يسقط حقّ الرجوع في الآخر ؛ لأنّه قائم بعينه ، ويرجع في الحقيقة إلى هبتين ، وبين ما يكون واحداً بحسب الصدق العرفي وإن كان مركّباً ذا أجزاءٍ في الحقيقة كالثوب الواحد المؤلّف من قطعات مختلفة أو متّفقة ، فلو تلف بعض أجزائه سقط حقّ الرجوع في الباقي ؛ لعدم قيام الهبة بعينها ، وهي هبة واحدة .

ومنه يتّضح لك حال نقص العين مطلقاً ، فإنّ المعيار فيه صدق القيام ، فإن انتفى فلا رجوع ، وإلّا فحقّ الرجوع باقٍ .

والحكم الكلّي واضح ، وإنّما الإشكال في التطبيق ومعرفة حال

---

(١) راجع ص ٨٨ و٨٩ و٩١ و٩٢ و٩٣ .

(٢) انظر الجواهر ٢٨ : ١٨٦ .

المصاديق وهي التي يقع الشكّ والاشتباه فيها غالباً .

فمثل : نسيان الكتابة وأمثالها من الصفات النفسانية يقع الشكّ [في] أنّها مغيّرة للعين أو لا بل هي قائمة بعينها ، ومنشأ ذلك أنّ المدار على التغيير الحسّي فقط أو الأعم منه ومن النفسي ، والموارد تختلف ، والمدار على العرف أو نظر الحاكم إن كان منهم .

ويلحق بالتلف الحقيقي ـ وهو هلاك العين ـ التلف الحكمي ، وهو انتقالها ببيع أو صلح فضلاً عن مثل : العتق والانعتاق بالتنكيل والأسباب الخاصّة المعروفة .

نعم ، يشكل في مثل : التدبير والكتابة ، والأقرب فيها بقاء حقّ الرجوع ، فليتدبّر .

هذا كلّه في الهبة الجائزة المجرّدة عن الشرط .

أمّا الهبة اللازمة التي اشترط الواهب فيها خيار الفسخ ـ كما لو وهب قرابته واشترط أنّ له الرجوع متى شاء ـ فإنّ له الفسخ حتّى بعد التلف ، ويستردّ المثل أو القيمة .

والفرق بين حقّ الرجوع المجعول بأصل الشرع في العين وبين الفسخ المجعول بشرط الواهب في العقد ظاهر بعد قليل من التأمّل .

(**السادس**) ـ من أسباب اللزوم ـ : موت الواهب أو المتّهب بعد القبض ولو لأجنبي .

فتلزم الهبة ولا رجوع لورثة الواهب ، ولا له على ورثة المتّهب ؛ لأنّ

الرجوع حكم شرعي ، لا حقّ مالي حتّى ينتقل كالخيار ونحوه إلى الورثة أو عليهم .

ولو سلّم كونه حقّاً ، فهو قاصر على ذات الواهب ، ولا أقلّ من أنّ الأصل عدم الانتقال ، والعين ـ بموت الموهوب له ـ قد انتقلت إلى ورثته ، وقد عرفت أنّ الانتقال أحد أسباب اللزوم [(١)] ، فلا رجوع للواهب ولا سيّما والورثة ملكوه بالإرث لا بالهبة .

وبهذا يستبين ما في :

(مادّة : ٨٧٢) وفاة كلٍّ من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع .

بناءً عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة إذا توفّي الموهوب له ، كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب إذا توفّي الواهب [(٢)] .

(**السابع**) : كون الموهوب ديناً على الموهوب له .

كما في :

(مادّة : ٨٧٣) إذا وهب الدائن للمديون منجّزاً فليس له

---

(١) وذلك في ص ٧٨ .

(٢) ورد : (فبناءً) بدل : (بناءً) ، ووردت عبارة : (كما أنّه إذا توفّي الواهب ليس لورثته استرداد الموهوب) بدل عبارة : (كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب إذا توفّي الواهب) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨١ ـ ٤٨٢ .

وورد : (فعليه) بدل : (بناءً عليه) في درر الحكّام ٢ : ٤٢٤ .

قارن : تبيين الحقائق ٥ : ٩٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٦ ، اللباب ٢ : ١٧٥ .

الرجوع[١].

فإنّها ـ في الحقيقة ـ إسقاط وإبراء ، ويقولون : إنّ الساقط لا يعود [٢] ، يعني : إلّا بسبب جديد .

وهذا يطّرد في كلّ كلّي في الذمّة وإن لم يكن قرضاً ، كثمن مبيع ، أو وجه إجارة ، أو نحو ذلك .

أمّا لو وهبه لغير المديون ولم يكن رحماً ولا زوجية فله الرجوع حتّى بعد القبض .

وتخيّل : أنّه قد وهبه الكلّي ، والمقبوض المصداق ، وهو شيءٌ آخر ، واضح الضعف .

(الثامن) :

(مادّة : ٨٧٤) لا يصحّ الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه [٣].

---

(١) وردت المادّة بزيادة : (دينه) بعد كلمة : (الدائن) ، ولم ترد كلمة : (منجّزاً) ، ووردت آخر المادّة زيادة : (**انظر إلىٰ المادّة : ٥١ والمادّة : ٨٤٧**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨٢ .

ووردت زيادة كلمة : (الدين) بعد كلمة : (الدائن) ، ولم ترد كلمة : (منجّزاً) ، ووردت آخر المادّة زيادة : (**بعد ذلك ، انظر مادّتي : ٥١ و ٨٤٨**) في درر الحكّام ٢ : ٤٢٤ ـ ٤٢٥ .

راجع : تبيين الحقائق ٥ : ٩٩ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٩٥ .

(٢) تقدّمت هذه القاعدة في ج ١ ص ١٦٣ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٥ : ١٠٤ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٠٦ ، اللباب ٢ : ١٧٨ .

وكان الأولى أن يدخل هذا في الهبة المعوّضة ، فإنّ الثواب هو العوض ، وقد استحقّه وكتب له ، فصار بحكم المقبوض وبحكم المعوّضة .

ولا فرق بين أن يجعلها بلفظ الصدقة ومشتقّاتها ، أو بلفظ الهبة ومتفرّعاتها ، كما لا فرق بين كونها على الفقير أو الغني ، أو المجهول ، وعلى مسلم أو كافر إن تحقّقت القربة ببعض الجهات .

(مادّة : ٨٧٥) إذا أباح الرجل لآخر شيئاً من مطعوماته فليس له التصرّف فيه بوجه ممّا يتوقّف على الملك كبيع وهبة وصلح ، ولكن له الأكل والتناول من ذلك الشيء ، وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته .

مثلاً : إذا أكل أحد من بستان آخر بإباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب البستان مطالبة قيمة ذلك [١] .

من المعلوم أنّ الإباحة ليست تمليكاً ، بل هو تسليط على التصرّف ، فيقتصر على مقدار الإذن والرخصة .

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (الرجل) ، و : (من لوازم التملّك كالبيع والهبة) بدل : (ممّا يتوقّف علىٰ الملك كبيع وهبة وصلح) ، و : (أن يطالب بقيمته) بدل : (مطالبة قيمته) ، و : (واحد) بدل : (أحد) ، و : (طلب قيمته بعد ذلك) بدل : (مطالبة قيمة ذلك) .
كلّ ذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨٢ .
وورد : (أحد) بدل : (الرجل) ، ووردت زيادة : (فأخذه) بعد : (مطعوماته) ، وورد : (من لوازم التملّك كالبيع والهبة) بدل : (ممّا يتوقّف علىٰ الملك كبيع وهبة وصلح) ، و : (كرم آخر بإذنه وإباحته) بدل : (بستان آخر بإباحته) ، و : (الكرم مطالبة ثمنه بعد ذلك) بدل : (البستان مطالبة قيمة ذلك) .
كلّ ذلك في درر الحكّام ٢ : ٤٢٦ .
لاحظ : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٢ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٩٩ .

فلو أذن له بجميع التصرّفات حتّى الناقلة كان من قبيل المعاطاة عند القائلين بالإباحة [١] ، والإشكال هناك يأتي هنا بالأولىٰ .

ولو رخّصه على نحو مخصوص وتصرّف معيّن تعيّن ، وليس له التجاوز ، فلو تجاوز كان باطلاً .

ولمّا كانت قرينة الحال في إباحة المطعومات ظاهرة في إرادة إباحة الأكل خاصّة تعيّنت ، كالمدعويين في الولائم ونحوها ، ولا يجوز غير الأكل من التصرّفات ، وله نظائر قد تقدّم بعضها ، فليراجع .

ومنها ما في :

(مادّة : ٨٧٦) الهدايا التي ترد في الختان والعرس تكون لمن ترد باسمه من المختون والعروس والوالد والوالدة .

وإن لم يذكر أنّها وردت لمن ، ولم يمكن السؤال عنها والتحقيق ، فعلى ذلك يراعى عرف البلدة وعادتها [٢] .

يعني : إذا خصّها المالك اختصّت ، وإلّا فالمتّبع هو العرف الخاصّ .

وعلىٰ كلا التقديرين فهي من مصاديق التمليك المجّاني ، ولا إشكال

---

(١) راجع الجزء الأوّل من هذا الكتاب ص ٣٥٨ (الهامش الثالث) .

(٢) ورد : (هي) بدل : (تكون) ، و : (لمن وردت) بدل : (أنّها وردت لمن) ، و : (السؤال والبحث عنها) بدل : (السؤال عنها والتحقيق) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨٢ .
وورد : (تأتي) بدل : (ترد) في موضعين ، و : (أو الزفاف) بدل : (والعرس) ، و : (أو العروس أو الوالد) بدل : (والعروس والوالد) ، ولم يرد لفظ : (عنها) في درر الحكّام ٢ : ٤٢٨ .
قارن : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٨٣ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٤٩٩ .

في هذا .

إنّما الإشكال : أنّها هل هي من الهبة الجائزة التي يجوز الرجوع فيها؟

والحكم بذلك [١] ـ ولا سيّما مع تباني العرف على عدم الرجوع فيها ـ مشكل .

والحكم بلزومها مع عدم وجود أحد الأسباب الملزمة أشكل .

فالمسألة تحتاج إلى مزيد دقّة وتأمّل .

ونظير هذا : الهدايا المرسلة إلى المسافرين عند قدومهم ، أو منهم إلى أصدقائهم وأقربائهم وأمثال ذلك ، وهو كثير .

ومنه : ما يعطى بعنوان الإعانات والمساعدات ، فإنّ الجميع تمليكات مجّانية وحالها ـ من حيث جواز الرجوع وعدمه ـ ما عرفت .

---

(١) انظر المسالك ٧ : ٣٢ .

الفصل الثاني

في هبة المريض

يعني : مرض الموت التي تتوقّف فيه تصرّفات المريض المجّانية الزائدة على الثلث على إجازة الورثة عند كثير من الفقهاء ، وعند آخرين تنفذ من حينها ولا تتوقّف [1] .

والمسألة مشهورة ومحرّرة في محالها من كتب الفقه ، ككتاب الحجر والوصية .

والغرض هنا ذكر ما يتعلّق بالهبة ؛ لأنّها من أشهر التصرّفات المجّانية وأكثرها وقوعاً .

(مادّة : ٨٧٧) إذا وهب من لا وارث له جميع أمواله لأحد في مرض موته وسلّمها ، فيصحّ بعد وفاته ، وليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته [2] .

---

(١) لاحظ المسألة بتفاصيلها في : المسالك ٦ : ٣٠٥ وما بعدها ، الجواهر ٢٦ : ٦٣ و٨١ وما بعدها .

(٢) ورد : (لواحد) بدل : (لأحد) ، و : (صحّ ، وبعد وفاته ليس) بدل : (فيصحّ بعد وفاته ، وليس) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨٣ .

وورد : (تصحّ ، وبعد وفاته ليس) بدل : (فيصحّ بعد وفاته ، وليس) في درر الحكّام ٢ : ٤٣٠ .

راجع مجمع الأنهر ٢ : ٧٤٨ .

الهبة في مرض الموت كالهبة في غيره لا تخرج عن حقيقة الهبة ، ولا ترجع إلى الوصية ، كما توهمّه بعض الشرّاح [١] ؛ فإنّ الهبة تمليك منجّز ، والوصية تمليك معلّق على الموت ، فأين هذا من ذاك ؟!

نعم ، الفرق بين الهبتين : أنّ التي تقع في حال الصحّة تصحّ بعد القبض ، ولا سلطة إلّا للواهب على حلّها إن كانت جائزة ، والتي تقع في مرض الموت يراعىٰ فيها قضية الثلث عند أرباب هذا القول ، فإن ساوت أو قصرت نفذت من حينها ، وإن زادت فإن كان هناك وارث غير الإمام فأجاز جازت ، وإلّا بطلت في الزائد ، وإن لم يكن سوى الإمام فالأمر إليه إن شاء أنفذها في الجميع وإن شاء أبطلها في الزائد .

وكذا الكلام في نائبه العامّ والخاصّ .

وكذلك هبة كلٍّ من الزوجين للآخر حيث لا وارث سواه غير الإمام ، فإنّ المال كلّه للآخر منهما على كلّ حال ؛ إمّا هبةً أو ميراثاً فرضاً أو ردّاً على القول : بأنّ الزوجة يردّ عليها [٢] .

أمّا لو كان وارث غير الموهوب له فالمدار في الزائد على إجازته ، كما عرفت .

وعليه :

---

(١) كعلي حيدر في درر الحكّام ٢ : ٤٣٠ .

(٢) هذا مروي عند الإماميّة ، ولم يأخذ به بعضهم علىٰ الظاهر .

لاحظ المختلف ٩ : ٥٧ وما بعدها .

وقال السرخسي : (قال عثمان بن عفّان : يردّ علىٰ الزوج والزوجة أيضاً ، كما يردّ علىٰ غيرهم من أصحاب الفرائض . وهو قول جابر بن يزيد) . (المبسوط للسرخسي ٢٩ : ١٩٢) .

(مادّة : ٨٧٩) إذا وهب أحد في مرض موته شيئاً لأحد ورثـته ، وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقون ، فلا تصحّ تلك الهبة (١) .

وهذا صحيح ، ولكن لا وجه لتخصيص الموهوب له بأحد الورثة ، بل ولو لأجنبي ، وتنفذ بإجازة الورثة سواء كانت قبل موته أو بعده .

وتوهّم : عدم صحّتها قبل موته ؛ لأنّها إسقاط ما لم يتحقّق (٢) .

مدفوع : بأنّ مرض الموت موجب لتعلّق حقّ للورثة بتركة مورّثهم في الزائد على الثلث عند أرباب هذا القول ، كتعلّق حـقّ الغـرماء ، ولذا يكـون محجوراً عليه في الزائد ، وباعتبار ذلك الحقّ تصحّ إجازتهم .

ويعتبر أن يكون المجيز عاقلاً بالغاً غير مريض مرض الموت ، وللولي أو الوصي الإجازة مع المصلحة لا مطلقاً .

نعم ، المعتبر هو الوارث عند الموت لا عند الهبة ، فلو أجـاز الوارث

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) ، و : (يجز سائر الورثة ، لا) بدل : (تجز الورثة الباقون ، فلا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨٣ .

كما أنّ تكملة المادّة التي ستذكر بعد وردت في المصدر السابق بهذا اللفظ :

(وأمّا لو وهب وسلّم لغير الورثة ، فإن خرج الموهوب من ثلث ماله صحّت الهبة ، وإن لم يخرج ولم تجز الورثة الهبة فإنّما تصحّ في ما يخرج من الثلث ، ويجبر الموهوب له على ردّ الباقي) .

وبلحاظ هذه التكملة ورد : (لا) بدل : (فلا) و : (لتـمام) بـدل : (وافـياً بـتمام) ، و : (مساعداً) بدل : (وافياً) ، و : (المساعد) بدل : (الوافي) ، و : (بردّ) بدل : (علىٰ ردّ) في درر الحكّام ٢ : ٤٣٢ .

انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٠٠ .

(٢) نقله علي حيدر عن جامع الفصولين في درر الحكّام ٢ : ٤٣٢ .

عند الهبة ثمّ مات قبل الواهب لغت إجازته طبعاً .

وتصحّ الهبة للوارث ولغيره ، كما تصحّ الوصية كذلك من صحيح ومريض .

وما يرويه الجمهور من حديث : « إنّ الله قد أعطى كلّ ذي حقٍّ حقّه ، فلا وصية لوارث » (١) غير معمول به عندنا (٢) ، ومحمول على عدم وجوب الوصية للوارث ؛ لأنّ إرثه الذي فرضه الله يدفع وجوب الوصية ، وفي بعض الروايات ما يشير إلى ذلك (٣) .

نعّم ، لا ريب أنّ ترجيح الورثة على بعض ـ في الهبات والتمليكات الصلحية أو البيوع المحاباتية ـ جور وإجحاف على باقي الورثة ، كما في كثير من الأخبار (٤) ، وهو مكروه كراهة شديدة تكاد تلحقه بالحرام .

نعم ، وقد يبلغ الحرمة إذا استلزم حصول الشحناء والبغضاء بين الإخوة والأولاد .

وفي بعض الأخبار : أنّ أحد الصحابة أشهد النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم على تمليك

---

(١) مسند أحمد ٤ : ١٨٦ و١٨٧ و٢٣٨ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٩٠٥ ، سنن أبي داود ٣ : ١١٤ ، سنن الترمذي ٤ : ٤٣٣ و٤٣٤ ، سنن النسائي ٦ : ٢٤٧ ، سنن الدارقطني ٤ : ٩٧ و١٥٢ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦ : ٢٦٤ ، كنز العمّال ١٦ : ٦١٤ و٦١٥ و٦١٦ و٦١٧ ، بأدنىٰ تفاوت .

(٢) لاحظ : الانتصار ٥٩٧ ـ ٥٩٨ ، الخلاف ٤ : ١٣٥ .
بينما قد اعتمده فقهاء بقية المذاهب .
انظر : المبسوط للسرخسي ٢٧ : ١٤٣ و١٧٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٣٣٢ ، المغني ٦ : ٤١٩ ، المجموع ١٥ : ٤٢٢ ، البحر الزخّار ٦ : ٣٠٨ .

(٣) انظر : الكافي ٧ : ٩ ، الاستبصار ٤ : ١٢٧ ، التهذيب ٩ : ١٩٩ .

(٤) سيأتي ذكر إحدىٰ هذه الروايات عمّا قريب .

عقار لبعض ولده ، فقال له النبي ﷺ : « هل أعطيت بقيّة ولدك مثل ما أعطيته » ؟ فقال : لا ، فقال ﷺ : « هذا جور ، وأنا لا أشهد على جور » [١] .

هذا كلّه مع تساوي الأولاد من سائر الجهات .

---

(١) مسند أحمد ٤ : ٢٦٨ ، صحيح مسلم ٣ : ١٢٤٣ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٧٩٥ ، سنن أبي داود ٣ : ٢٩٢ ، سنن الترمذي ٣ : ٦٤٩ ، سنن النسائي ٦ : ٢٦٠ ، شرح معاني الآثار ٤ : ٨٧ ، سنن الدارقطني ٣ : ٤٢ ، كتاب السنن الصغير للبيهقي ١ : ٥٦٣ ، شرح السنّة ٤ : ٤٢٥ ، منحة المعبود ١ : ٢٨٠ .

والمقصود بهذا الصحابي هو بشير بن سعد والد النعمان بن بشير .

وهو أبو النعمان بشير بن سعد بن ثعلبة بن الجُلاَس بن زيد بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الأنصاري .

وأُمّه أنيسة بنت خليفة بن عدي بن عمرو بن إمرئ القيس بن مالك .

له من الأولاد : النعمان وأُبيّة ، وأُمّهما عمرة بنت رواحة أُخت عبد الله بن رواحة .

كان كاتباً في الجاهلية ، وقد شهد بدراً مع أخيه سماك بن سعد .

وهو ـ علىٰ ما قيل ـ أوّل من بايع أبا بكر من الأنصار .

روىٰ عن النبي ﷺ حديثاً واحداً .

وروىٰ عنه : ابنه النعمان ، وابن ابنه محمّد ، وعروة بن الزبير ، وحُميد بن عبد الرحمان بن عوف .

قيل : قتل يوم عين التمر مع خالد بن الوليد منصرفه من اليمامة سنة ١٢ هـ ، وقيل : توفّي سنة ١٣ هـ ، وهناك أخبار تدلّ علىٰ بقائه إلىٰ زمن عمر .

(الطبقات الكبرىٰ لابن سعد ٣ : ٥٣١ ـ ٥٣٢ ، تاريخ خليفة بن خيّاط ٣٤ و٣٥ ، التاريخ الكبير ٢ : ٩٨ ـ ٩٩ ، الجرح والتعديل ٢ : ٣٧٤ ، الثقات لابن حبّان ٣ : ٣٣ ، الاستيعاب ١ : ٢٥٢ ـ ٢٥٣ ، الإكمال لابن ماكولا ١ : ٢٨٠ ـ ٢٨١ ، تاريخ ابن عساكر ١٠ : ٢٨٣ ـ ٢٩٣ ، أُسد الغابة ١ : ١٩٥ ، تحفة الأشراف ٢ : ٩٨ ـ ٩٩ ، تهذيب الكمال ٤ : ١٦٦ ـ ١٦٧ ، العبر ١ : ١٥ ، الكاشف للذهبي ١ : ١٥٨ ، الإصابة ١ : ١٥٨ ، تقريب التهذيب ١ : ١٣١ ، تهذيب التهذيب ١ : ٤٠٧ ، التحفة اللطيفة ١ : ٢١٦) .

أمّا لو تميّز أحدهم ببعض المرجّحات فقد يستحبّ الترجيح ، بل قد يجب مع الأمن من المفسدة ، كما لو كان أحدهم فقيراً ، أو مريضاً ، أو عاجزاً عن الكسب ، أو مشغولاً بطلب العلم ، أو نحو ذلك من المميّزات .

وهذا باب واسع ، وله أغلاق وأقفال كثيرة ، مفاتيحها العقل والعدل والوجدان .

هذا كلّه في الهبة للوارث .

(أمّا لو وهب وسلّم لغير الورثة ، فإن كان ثلث ماله مساعداً وافياً بتمام الموهوب تصحّ ، وإن لم يكن وافياً ولم تجز الورثة الهبة تصحّ في المقدار الوافي ، ويكون الموهوب له مجبوراً على ردّ الباقي) .

وقد عرفت أنّه لا فرق في ذلك بين الهبة للوارث وغيره .

ويلحق بالهبة جميع معاملاته المحاباتية ، كما لو باع أو آجر أو صالح بأقلّ من ثمن المثل ، فإنّها جميعاً تتوقّف على إجازة الورثة ؛ لأنّها تزاحم حقوقهم في الثلثين .

أمّا ما كان بثمن المثل أو أزيد فينفذ من حينه بلا توقّف .

وكذا الكلام في حقّ الغرماء في ما لو كانت الديون تستغرق التركة ، فإنّ تصرّفات مرض الموت المحاباتية لا تنفذ إلّا بإجازة الغرماء .

فلو وهب بغير عوض مساوٍ كان لهم ردّ الهبة واسترداد الموهوب .

ولو كانت الديون تقابل نصف أمواله أو ثلثيها لوحظت النسبة ، فإن كانت الهبة أقلّ من النصف توقّفت عن إجازة الورثة فقط ، وإن كانت أزيد

توقّفت علىٰ إجازتهم وإجازة الغرماء .

وإلى بعض هذا أشارت :

(مادّة : ٨٨٠) إذا وهب المستغرقة تركته بالديون أمواله لوارثه أو لغيره وسلّمها ثمّ توفّي فللغرماء أن يدخلوا أمواله في قسمتهم إن لم يمضوا الهبة [١] .

وهي مجملة ، والتحقيق الوافي ما ذكرناه .

وإلى هنا تمّ كتاب الهبة ، ويليه كتاب الغصب والإتلاف .

---

(١) ورد : (من استغرقت) بدل : (المستغرقة) ، و : (**فلأصحاب الديون إبطال الهبة وإدخال أمواله في قسمة الغرماء**) بدل : (**فللغرماء أن يدخلوا أمواله في قسمتهم إن لم يمضوا الهبة**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٨٤ .

وورد التغيير الأوّل المزبور ، وكذلك وردت زيادة : (في مرض موته) بعد : (تركته بالديون) ، وورد : (**فلأصحاب الديون إلغاء الهبة وإدخال أمواله في قسمة الغرماء**) بدل : (**فللغرماء أن يدخلوا أمواله . . .**) في درر الحكّام ٢ : ٤٣٦ .

راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٠١ .

←

الكتاب الثامن

في الغصب والإتلاف

ويشتمل على مقدّمة وبابين

المقدّمة

في بيان الاصطلاحات الفقهيّة المتعلّقة بالغصب والإتلاف

(مادّة: ٨٨١) الغصب هو: أخذ مال أحد وضبطه بدون إذنه.

ويقال للآخذ: غاصب، وللمال المضبوط: مأخوذ، ولصاحبه: مأخوذ منه[١].

جرت طريقة الفقهاء من العامّة والخاصّة أن يفردوا في كتبهم الفقهيّة كتاباً خاصّاً للغصب مع أنّ المباحث التي يذكرونها في هذا الكتاب ليست من آثار الغصب أصلاً، وإنّما هي من آثار اليد والغصب، فرع من فروعها، وهي الأصل، وسيأتي أنّ الغصب إنّما يمتازّ عن سائر موارد اليد في الحرمة

---

(١) لقد عثرنا ـ والحمد لله ـ على نسخة من (المجلّة)، وسوف نستخدمها من الآن فصاعداً كمصدر لمواد (المجلّة)، فنقول: ورد: (للآخر) بدل: (للآخذ)، و: (مغصوب) بدل: (مأخوذ)، و: (مغصوب منه) بدل: (مأخوذ منه) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١.

هذا، وقد عرّف أبو حنيفة وأبو يوسف الغصب بأنّه: إزالة يد المالك عن ماله المتقوّم علىٰ سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال.

وعرّفه المالكية بأنّه: أخذ مال قهراً تعدّياً بلا حرابة.

والشافعية بأنّه: الاستيلاء على حقّ الغير عدواناً بغير حقٍّ.

والحنابلة بأنّه: الاستيلاء علىٰ مال الغير قهراً بغير حقٍّ.

راجع: بدائع الصنائع ١٠: ٣، المغني ٥: ٣٧٤، تبيين الحقائق ٥: ٢٢١ و٢٢٢، مواهب الجليل ٥: ٢٧٤، مغني المحتاج ٢: ٢٧٥، شرح منتهىٰ الإرادات ٢: ٣٩٩، الشرح الصغير للدردير ٣: ٥٨١ ـ ٥٨٣ و٦٠٧.

التكليفية فقط[١]، وكان الأصحّ أن يجعل عنوان هذه المباحث: (كتاب أسباب الضمان)، وأوّلها اليد، ولعلّه من تسامح الأوّلين، واقتفى أثرهم جلّ الآخرين.

وتحرير البحث ـ كما هو حقّه ـ: أنّ أسباب الضمان، ونعني به: صيرورة مال شخص في عهدة آخر بأن يؤدّيه إليه عيناً أو بدلاً مثلاً أو قيمة، وأسباب هذا وإن كانت كثيرة، ولكن أشهر أُصول الضمانات وأكثرها وقوعاً وأوسعها فروعاً أربعة:

١ ـ اليد.

٢ ـ الإتلاف.

٣ ـ الالتزام.

٤ ـ الغرور.

والمراد باليد: الاستيلاء على مال الغير بغير حقٍّ، يعني: بغير إذن من المالك ولا الشارع، فإن كان عالماً عامداً مختاراً فهو عدوان محرّم مضاف إلى أثره الوضعي من لزوم دفع غرامته لو تلف وهو الغصب المعروف، وإن لم يكن كذلك فلا حرمة، بل عليه الضمان فقط، أي: وجوب ردّ العين موجودة وردّ بدلها مفقودة.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الغصب.

---

(١) سيأتي في ص١٢٥ ـ ١٢٦ و١٦٨.

ففي (المجلّة) هو: الأخذ، وفي جملة من متون فقهائنا هو: الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً[١].

وهذا التعبير أقربها إلى الحقيقة وإن كان لا يخلو من خدشة.

وهناك تعبيرات أُخرى كلّها قاصرة، وتعريف (المجلّة) أشدها قصوراً؛ إذ لا يعتبر في الغصب الأخذ، بل لو استولى على المال وهو في يد صاحبه كان غصباً، كما لو سكن الدار معه وصيّره مأموراً بأمره.

و كذا التعبير بالاستقلال؛ فإنّ وضع اليد على الشيء مع يد المالك ـ كما لو ركب الدابّة معه ـ غصب وإن لم يكن هناك استقلال.

ومثله: التعبير عنه: بإزالة اليد المحقّة ووضع اليد المبطلة[٢].

وكيف كان، فقد ظهر لك أنّ أحسن ما يمكن التعبير عنه بالمعنى العامّ: أنّه ـ أي: الغصب ـ الاستيلاء على مال الغير بغير حقٍّ، وبالمعنى الخاصّ ـ وهو المحرّم عقلاً وشرعاً ـ الاستيلاء على مال الغير عدواناً.

والفرق بينهما واضح.

ومن الغريب أنّ (المجلّة) جعلت الآخذ هو الغاصب ثمّ غفلت عن جعل المأخوذ مغصوباً والمأخوذ منه مغصوباً منه، ويشبه أن يكون هذا من قبيل ما يسمّونه في البديع: بالإطاعة والعصيان.

---

(١) لاحظ: الشرائع ٢: ٧٦١، إرشاد الأذهان ١: ٤٤٥، قواعد الأحكام ٢: ٢٢١، الدروس ٣: ١٠٥، اللمعة الدمشقيّة ٢٢١، التنقيح الرائع ٤: ٦٤.
ونسب الشهيد الثاني هذا التعريف للأكثر في المسالك ١٢: ١٤٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٥: ٢٧٤، تكملة البحر الرائق ٨: ١٠٨.

(مادّة : ٨٨٢) قيمة الشيء قائماً هي : قيمة الأبنية أو الأشجار حال كونها قائمة في محلّها ، وهو : أن تقوّم الأرض مع الأبنية والأشجار ، وتارةً تقوّم على أن تكون خالية عنهما ، فالتفاضل والتفاوت الذي يحصل بين القيمتين هو قيمة الأبنية والأشجار قائمة[١] .

وأسهل من ذلك أن تقوّم نفس الأبنية من حيث هي متراصة ومجتمعة، والأشجار من حيث كونها نابتة نامية، وهذا شيء قد يعرفه أهل الخبرة بسهولة .

ومن هذا القبيل : تقويم ثمن الزوجة من الأبنية والأشجار على المشهور عندنا من أنّها لا ترث من أعيانها بل من القيمة[٢] .

(مادّة : ٨٨٣) قيمة الشيء مبنياً هي : قيمة البناء قائماً[٣] .

(مادّة : ٨٨٤) قيمة الشيء مقلوعاً هي : قيمة أنقاض الأبنية والأشجار بعد القلع[٤] .

---

(١) وردت زيادة كلمة : (مرّة) بعد كلمة : (الأرض) ، وورد : (مرّة وهي خالية عنها) بدل : (تارةً تقوّم على أن تكون خالية عنهما) ، و : (أو الأشجار قائمة) بدل : (والأشجار قائمة) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١ .
قارن حاشية ردّ المحتار ٦:١٨١ .

(٢) راجع المسألة في : المختلف ٩:٥١ ـ ٥٧ ، الجواهر ٣٩:٢٠٧ ـ ٢١٩ ، الوصايا والمواريث للأنصاري ١٨٩ ـ ١٩٢ .

(٣) ورد : (القيمة مبنياً) بدل : (قيمة الشيء مبنياً) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١ .
لاحظ حاشية ردّ المحتار ٦: ١٨١ .

(٤) ورد المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١ بالصيغة التالية :

←

(مادّة: ٨٨٥) قيمة الشيء حال كونه مستحقّاً للقلع هي القيمة الباقية بعد تنزيل أُجرة القلع من قيمة المقلوع[١].

هذه المواد ـ مع أنّها من الواضحات ـ قليلة الجدوى ضئيلة الفائدة.

(مادّة: ٨٨٦) نقصان الأرض هو: الفرق والتفاوت الذي يحصل بين أُجرة الأرض قبل الزراعة وبعدها[٢].

يعني: إذا زرع الغاصب أو غيره ونقصت الأرض بذلك التصرّف وأُريد معرفة قدر النقيصة ينظر التفاوت بين أُجرتها قبل الزراعة وبعدها.

ولو جعلوا المعيار التفاوت بين قيمتها قبل أن تزرع وبعدها لكان أهون وأتقن.

(مادّة: ٨٨٨) الإتلاف تسبباً هو: التسبّب لتلف شيء، يعني: إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة.

ويقال لفاعله: متسبّب.

كما أنّ قطع حبل قنديل معلّق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على

← (القيمة مقلوعاً هي: قيمة أنقاض الأبنية بعد القلع، أو قيمة الأشجار المقلوعة).

انظر: تبيين الحقائق ٥:٢٢٩، تكملة البحر الرائق ٨:١١٢ و١١٧، حاشية ردّ المحتار ٦:١٨٧.

(١) ورد: (قيمته) بدل: (قيمة الشيء حال كونه) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١.

قارن المصادر المتقدّمة في الهامش السابق.

(٢) وردت زيادة: (قيمة) قبل: (أُجرة)، وورد: (وبين قيمة أُجرتها بعدها) بدل: (وبعدها) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١.

لاحظ: تكملة البحر الرائق ٨:١١٢، الفتاوى الهندية ٥:١٤٣، حاشية ردّ المحتار ٦:١٨٧.

الأرض وانكساره، ويكون قد أتلف الحبل مباشرة، وكسر القنديل تسبّباً.

وكذلك إذا شقّ أحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبّباً(١).

تشير (المجلّة) بهذا إلى أنّ الإتلاف الذي هو أحد أسباب الضمان نوعان؛ لأنّ المتلف إمّا أن يتلفه مباشرة أو تسبيباً.

وقد أشارت إلى تعريف التسبيب، وهو: إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر، وساق له تلك الأمثلة التي هي مثال للتسبيب كما هي مثال للمباشرة التي لم يذكر تعريفها وضابطتها.

وقد تكثّرت العبارات في إعطاء الضابطة الفارقة بين المباشرة والتسبيب، فإنّ الحكم ـ وهو الضمان ـ حيث يجتمع المباشر والسبب يختلف، فتارة يكون على المباشر وأُخرى على السبب، فلابدّ من ضابطة يمتاز بها أحدهما عن الآخر، والضابطة المذكورة في (المجلّة) مختلّة.

وتوضيح ذلك يستدعي تمهيد مقدّمة، وهي: أنّ الأفعال التي تسند إلى الإنسان نوعان:

قيامية: وهي التي تقوم بالفاعل قيام حلول، مثل: النوم والموت

---

(١) ورد ذيل المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١ بهذه الصيغة:

(فعليه إن قطع حبل قنديل معلّق هو سبب مفض لسقوط على الأرض وانكساره، فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبّباً).

راجع: الفتاوى الهندية ٥:١٢٥، حاشية ردّ المحتار ٦:١٧٧.

والحياة.. إلى كثير من نظائرها، فإنّ نسبة الموت إلى زيد في قولك: مات زيد، ليس لأنّ الموت صدر منه، بل لأنّه حلّ به وقام فيه، وهكذا القول في أمثاله.

ونسبة هذه الأحداث إلى الموضوعات القائمة بها إنّما بضرب من التوسّع، وإلّا فحقيقة النسبة تقتضي صدور الفعل من الفاعل لا حلوله فيه، وليست تلك الأحداث الفاعلية من أفعالنا، بل لها أسباب وعلل خاصّة توجد بوجودها. إنّما أفعالنا حقيقة هي القسم الثاني، وهي:

الصدورية، أي: التي تصدر من الشخص حقيقة وتسند إليه بلا عناية، مثل: القتل والأكل والشرب وأضرابها.

وهي أيضاً نوعان:

توليدية: وهي التي يوجد الفاعل أسبابها، فيسند إليه مسبّباتها، مثل: الإحراق حيث يقال: فلان أحرق البيت، يعني: أنّه ألقى النار عليه أو ألقاه فيها فاحترق، وأكثر أفعال البشر من هذا القبيل.

وغير توليدية: وهي التي يوجد الفاعل المسبّب بلا واسطة، بل يكون السبب صرف إرادته، وهو قليل، مثل: الكلام والقيام وأضرابهما.

و كلا النوعين هي من أفعالنا مباشرة، فالفاعل المباشر هو موجد الشيء رأساً بإرادته أو موجد سببه.

وحيث إنّ تأثير الأسباب في الغالب لا يكون إلّا بانضمام الشروط وسبق المعدّات، فربّما يوجد السبب بفعل شخص ويوجد غيره الشرط أو المعدّ، فموجد السبب هو المباشر، وموجد الشرط أو المعدّ اصطلحوا عليه اصطلاحاً خاصّاً في هذا الباب أنّه المسبّب مع أنّ فاعل السبب غيره.

مثلاً: من حفر بئراً في الطريق لغرض له، فألقى فيها شخص رجلاً آخر أو دابّة، فالمباشر هو الملقي وحافر البئر هو فاعل الشرط أو المعدّ، فإذا تغاير المباشر وفاعل الشرط أو المعدّ فالضمان على المباشر، إلّا في موردين كما سيأتي(١).

أمّا إذا اتّحد بأن كان المباشر هو فاعل الشرط أو المعدّ كما لو كان الملقي هو الحافر، فالضمان عليه على كلّ حال.

وممّا ذكرنا يظهر لك الخلل فيما ذكرته (المجلّة)، وذلك من وجهين:

الأوّل: أنّ قاطع الحبل المعلّق به القنديل إذا وقع وانكسر هو كاسر القنديل مباشرة. غايته أنّه فعل أحدهما بإرادته والآخر بإيجاد سببه، وكلا الفعلين ـ كما عرفت ـ هما من أفعال المباشرة لغة وعرفاً بل وعقلاً.

الثاني: حيث إنّ الفاعل لهما واحد فليس هو من موارد الفاعل مباشرة أو تسبيباً، وإنّما موردهما حيث يتعدّد الفاعل، فيكون فاعل السبب غير فاعل الشرط أو المعدّ.

فتدبّر هذا واغتنمه، فقد اشتبه على كثير من الفريقين(٢).

(مادّة: ٨٨٩) التقدّم هو: التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وإزالته قبل وقوعه(٣).

---

(١) سيأتي في ص١٧٧.

(٢) لاحظ: الفتاوى الهندية ٥: ١٢٥، حاشية ردّ المحتار ٦: ١٧٧، مجمع الفائدة ١٠: ٤٩٥ وما بعدها، الجواهر ٣٧: ٤٦ وما بعدها.

(٣) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١.

انظر: المبسوط للسرخسي ٢٧: ١٢، مجمع الأنهر ٢: ٦٥٧، تكملة البحر الرائق ٨: ٣٥٣.

هذه المادّة غير واضحة المراد ولا معلومة المفاد.

وفسّرها البعض بما حاصله: (أنّ جدار الجار إذا مال إلى الانهدام فللشخص أن يقول لجاره: إنّ جدارك متصدّع فاهدمه، فإن لم يفعل فسقط وأتلف شيئاً ضمن[1]) انتهى.

أقول: وهذا ممّا لا جدوى فيه؛ فإنّ صاحب الجدار المنهدم إذا أتلف على جاره شيئاً كان ضامناً إذا عدّ مقصّراً كما هو الغالب سواء أنذره جاره أم لا.

والذي ينبغي التنبيه عليه في هذه القضية ـ أعني: قضية الإنذار ـ هو: أنّ المتلف إذا نبّه صاحب المال وأنذره بالتحفّظ فلم يتحفّظ فلا ضمان على المتلف.

مثلاً: لو وجد راكب الدابّة أمامه في الطريق متاعاً لشخص فأنذره وقال له: ـ قبل أن يصل إليه ـ: ارفع متاعك من الطريق، فلم يرفعه، وسحقته الدابّة وأتلفته، فلا ضمان على الراكب؛ لأنّ صاحب المتاع هو الذي فرّط في حفظ متاعه.

نعم، لو لم ينذره وأتلفه كان ضامناً.

وهذا كلّه يرجع إلى قضية التسبيب، ففي الصورة الأُولى المتلف صاحب المتاع، وفي الثانية راكب الدابّة، فتدبّره.

---

(١) لم نعثر على هكذا نصّ، ولكن قريب ممّا ذكر ما في درر الحكّام ٨:٤٥٣.

الباب الأوّل

[في أحكام الغصب العامّة]

ويحتوي علىٰ ثلاثة فصول

الفصل الأوّل

في بيان أحكام الغصب

قد عرفت أنّ الاستيلاء على مال الغير بغير إذنه أو إذن الشارع يترتّب عليه أحكام، فإن كان عالماً والعالم عامد كان غصباً وعدواناً، وترتّب عليه حكمان:

أحدهما: تكليفي، وهو: الحرمة واستحقاق العقوبة. وثانيهما: وضعي، وهو: كون المال في عهدة واضع اليد.

ومعنى كونه في العهدة: وجوب ردّه إن كان موجوداً ودفع غرامته مثلاً أو قيمة إن كان تالفاً، وإن كان جاهلاً بأنّه مال الغير ووضع يده عليه ترتّب الأثر الثاني فقط، ولم يكن حرمة ولا عقوبة، والغصب هو الأوّل لا الثاني.

ولذا ذكرنا: أنّ عنوان الكتاب بالغصب ليس في محلّه[1]، فإنّ الأحكام التي تذكر في هذا الكتاب لا شيء منها يتعلّق بالغصب بعنوانه الخاصّ، وإنّما هي للعنوان العامّ سواء كان غصباً أم لا.

وأوّل تلك الأحكام التي هي للعنوان الجامع ـ وهو: الاستيلاء على مال الغير ـ ما ذكروا في:

(مادّة: ٨٩٠) يلزم ردّ المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه

---

(١) تقدّم ذكر ذلك في ص١١٤.

في مكان الغصب إن كان موجوداً.

وإن صادف الغاصب صاحب المال في بلدة أُخرى وكان المغصوب فيها فإن شاء صاحبه استردّه هناك، وإن طلب ردّه إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤنة ردّه على الغاصب[1].

أعلم أنّ للمال الذي صار في يد الغير بغير وجه شرعي ثلاث حالات:

[الحالة] الأُولى: أن يكون باقياً على حاله لم يتلف ولم يتغيّر، ثمّ لا يخلو إمّا أن يكون باقياً في بلد الغصب أو نقل إلى أُخرى، وعلى كلا التقديرين إمّا أن يحتاج نقله إلى المحلّ الذي غصب فيه إلى مؤنة أو لا يحتاج، وعلى تقدير انتقاله إلى بلدة أُخرى فإمّا أن يطالبه صاحبه في تلك البلدة أو لا.

أمّا مع طلب المالك فلا إشكال في وجوب ردّه له مطلقاً، ولا يجوز الامتناع من تسليمه له أينما كان.

نعم، لو غصبه من بلد ونقله إلى غيرها وطلبه المالك في بلدة ثالثة لا يبعد عدم وجوب نقله إلى بلد الغصب أو تسليمه في البلد الذي هو فيه، وهو واضح.

وأمّا مع عدم الطلب فالواجب ردّه إلى المحلّ الذي أُخذ منه، ولا حقّ

---

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠١ بتقديم: (صاحب المال) على: (الغاصب).
وورد: (معه) بدل: (فيها)، ووردت زيادة: (شاء) قبل: (طلب)، وورد: (وتكون مصاريف) بدل: (فمصاريف).
قارن: تبيين الحقائق ٥:٢٢٢، تكملة البحر الرائق ٨:١٠٩.

له في جبر المالك على تسلّمه في بلد آخر.

نعم، لو كان نقله إلى بلده التي غصب فيها لايحتاج إلى مؤنة ـ كالدراهم والخاتم وأشباه ذلك ـ لم يبعد وجوب قبوله لو دفعه الغاصب في بلدة أُخرى، ولايجوز له الامتناع. أمّا المحتاج إلى مؤنة فهي على الغاصب بلا إشكال.

هذا كلّه في الأحوال الاعتيادية.

أمّا لو طلبه والطريق خطر أو فيه على الغاصب أو غيره ضرر كان له الامتناع، إلّا بتحمّل المالك التدارك أو يلقي عنه تبعة الضمان.

كما أنّ للمالك الامتناع من تسلّمه مع شيء من تلك الأحوال.

الحالة الثانية: أن يكون قد تلف وهلكت عينه، والمتلف إمّا أن يكون المالك أو الغاصب أو أجنبي أو أمر سماوي.

والحكم في جميع هذه التقادير واحد، وهو: الضمان بدفع المثل أو القيمة، إلّا إذا كان المتلف هو المالك، فإنّه لا ضمان على الغاصب طبعاً؛ لأنّه بمنزلة الاستيفاء سواء كان المالك عالماً حين التلف أنّه ماله أم لا.

أمّا لو كان المتلف هو الأجنبي فالمالك مخيّر بين الرجوع عليه وبين الرجوع على الغاصب ثمّ يرجع الغاصب على الأجنبي؛ لأنّ قرار الضمان على من تتلف العين في يده.

ولا فرق في التلف السماوي بين كونه بتفريط الغاصب وتعدّيه أم بغير ذلك، كما نبّهت عليه:

(مادّة: ٨٩١) كما أنّه يلزم الغاصب أن يكون ضامناً إذا استهلك المال المغصوب، كذلك إذا تلف أو ضاع بتعدّيه أو بدون تعدّيه يكون أيضاً ضامناً قيمته يوم غصبه(١).

وقد اتّفق فقهاء الفريقين على الفرق في الضمان بين المثلي فيضمن بالمثل، والقيمي فيضمن بالقيمة(٢)، وقد مرّ عليك في أوائل (الجزء الأوّل) بيان ضابطة الفرق بينهما(٣).

إنّما المهمّ الكلام فيما لو اختلفت القيمة بين يوم الغصب ويوم التلف

---

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢ بتقديم: (ضامناً) على: (أيضاً)، ووردت بدل: (قيمته يوم غصبه) عبارة: (**فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه، وإن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله**).

وهذا المذكور في (المجلّة) هو رأي أبي يوسف.

أمّا عند الشيباني فيلزم الغاصب يوم الانقطاع، وعند أبي حنيفة فيوم الخصومة.

لاحظ: البناية في شرح الهداية ١٠: ٢١٤ ـ ٢١٥، تكملة شرح فتح القدير ٨: ٢٤٦ ـ ٢٤٧، الفتاوى الهندية ٥: ١١٩، اللباب ٢: ١٨٨.

(٢) بالنسبة للمصادر الشيعيّة انظر: الناصريات ٣٨٨، الخلاف ٣: ٣٩٥ و٣٩٦، الجواهر ٣٧: ٨٥ و١٠٠.

وبالنسبة للمصادر السنيّة قارن: المبسوط للسرخسي ١١: ٥٠، النتف في الفتاوى ٢: ٧٣٧، بداية المجتهد ٢: ٣١٥، المغني ٥: ٣٧٦ وما بعدها، المجموع ١٤: ٢٢٧ و٢٣٤، تبيين الحقائق ٥: ٢٢٣، مغني المحتاج ٢: ٢٨١، كشّاف القناع ٤: ١٠٦ وما بعدها، الفتاوى الهندية ٥: ١١٩، اللباب ٢: ١٨٨.

ولم يذكر الخلاف في هذه المسألة إلّا مخالفة عبيد الله بن الحسن العنبري البصري، فإنّه قال: (إنّه يضمن بالمثل دون القيمة مطلقاً).

راجع المجموع ١٤: ٢٣٤.

(٣) راجع ج١ ص٣٢٧ وما بعدها.

أو بين أحدهما وبين يوم الدفع، فهل اللازم دفع قيمة يوم الغصب مطلقاً، أو يوم التلف كذلك، أو يوم التسليم كذلك، أو أعلى القيم من الأوّل إلى الثاني، أو إلى الثالث والفرق بين باب الغصب وغيره من أنواع الضمانات؟ وجوه، بل أقوال[1].

والخلاف قائم بين عامّة أرباب المذاهب، فالمنقول عن أبي حنيفة:

---

(١) نُسب القول الأوّل لمبسوط الشيخ الطوسي في المسالك ١٢:١٨٥، ولمقنعة الشيخ المفيد في الجواهر ٣٧:١٠١.
ونُسب للأكثر في الشرائع ٤:٧٦٥.
وراجع: النهاية ٤٠٢ و٤٤٦، كشف الرموز ٢: ٣٨٢.
ونُسب القول الثاني للأكثر في الدروس ٣:١١٣، وقوّاه الشهيد الثاني في المسالك ١٢:١٨٦، واختاره النجفي في الجواهر ٣٧:١٠٥.
وانظر: المهذّب ١:٤٣٦ ـ ٤٣٧، المختلف ٦:٨١، التنقيح الرائع ٤:٧٠، مجمع الفائدة ١٠:٥٢٨.
والقول الثالث هو ظاهر المبسوط ٣:٦٠.
والقول الرابع ـ وهو: دفع أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف ـ نُسب للأشهر في المختلف ٦:٨١، وللأكثر في التنقيح الرائع ٢:١٧٤، واستحسنه المحقّق في الشرائع ٤:٧٦٥.
وقارن: الخلاف ٣:٤١٥، السرائر ٢:٤٨١، الوسيلة ٢٧٦، اللمعة الدمشقيّة ٢٢٢، المقتصر ٣٤٢ ـ ٣٤٣.
والقول بدفع أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم نسبه الشهيد الأوّل للقيل في اللمعة الدمشقيّة ٢٢٢، وحكاه النجفي عن المحقّق الحلّي في الجواهر ٣٧:١٠٤، وحكاه الطباطبائي عن الوحيد البهبهاني في الرياض ١٤: ٣٠.
ولملاحظة آراء العامّة في المسألة راجع: المغني ٥:٤٢١ ـ ٤٢٢، فتح العزيز ١١: ٢٨٣، المجموع ١٤:٢٣٤ و٢٥٤ و٢٩٥.

ضمان قيمته يوم الغصب[1]، وهو ظاهر إطلاق (المجلّة).

ونسب إلى أكثر فقهائنا: اعتبار يوم التلف؛ لأنّه يوم الانتقال من وجوب ردّ العين إلى القيمة؛ ضرورة أنّ العين لمّا كانت موجودة عند الغاصب كان الواجب عليه ردّها عيناً، فلمّا تلفت انتقل الحقّ من العين إلى القيمة[2].

ولكن يشكل هذا: بأنّه مخالف لرواية صحيحة في هذا الباب ظاهرها اعتبار قيمة يوم الغصب، وحيث إنّ هذه الصحيحة تشتمل على كثير من أحكام الضمانات وضمان منافع العين المغصوبة وهي غزيرة الفائدة عظيمة البركة، فاللازم هنا نقلها بنصّها، ثمّ النظر فيما يستفاد منها:

روى الشيخ الطوسي ﵀ في الصحيح عن أبي ولّاد[3]: قال: اكتريت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلمّا صرت قرب قنطرة الكوفة خبّرت أنّ صاحبي توجّه إلى النيل، فتوجّهت إلى نحو النيل، فلمّا أتيت النيل خبّرت أنّه توجّه إلى بغداد، فاتّبعته وظفرت به وفرغت ممّا بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن اتحلّل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً، فأبى أن

---

(١) نقله النووي في المجموع ١٤: ٢٩٥.

هذا والمنقول عن أبي حنيفة ضمان قيمة يوم الخصومة، وعن محمّد ضمان قيمة يوم الانقطاع، وعن أبي يوسف ضمان قيمة يوم الغصب.

هذا إن لم يقدر على المثل، وأمّا ما لا مثل له فيضمن بقيمته يوم الغصب بإجماع الحنفية.

لاحظ: المبسوط للسرخسي ١١: ٥٠، تبيين الحقائق ٥: ٢٢٣، الفتاوى الهندية ٥: ١١٩.

(٢) نُسب هذا القول للأكثر في: الدروس ٣: ١١٣، الروضة البهيّة ٧: ٤١.

(٣) تقدّمت ترجمته في ج ١ ص ١٩٧ (الهامش الثاني).

يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، وأخبرته بالقصّة وأخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ قلت: أرجعته سليماً، قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً، قال: فما تريد من الرجل؟ قلت: أُريد كراء بغلي، فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً، فقال: إنّي ما أرى لك حقّاً؛ لأنّه اكتراه إلى قصر نبي هبيرة فخالف، فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن فيه البغل وسقط الكراء، فلمّا ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء. قال: فخرجنا من عنده، وأخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة وأعطيته شيئاً وتحلّلت منه، وحججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال: «في مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها وتحبس الأرض بركاتها!»، فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت، جعلت فداك؟ قال: «أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل وذاهباً من النيل إلى بغداد، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة، وتوفّيه إيّاه» قال: قلت: جعلت فداك! فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه. قال: «لا؛ لأنّك غاصب»، قلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق[1]، أليس كان يلزمني؟! قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته»، قلت: فإن أصاب البغل عقر[2] أو كسر أو دبر؟[3] قال: «عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه»، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: «أنت، وهو إمّا أن يحلف هو فيلزمك، وإن ردّ عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا، فيلزمك»، فقلت: إنّي كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحلّلني، فقال:

---

(١) نفقت الدابّة: ماتت. (صحاح اللغة ٤:١٥٦٠).

(٢) عقر: جرح. (المصدر السابق ٢:٧٥٣).

(٣) الدَبَر: الجرح الذي يكون في ظهر الدابّة. (لسان العرب ٤:٢٨٤).

«إنّما رضى بها وحلّلك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه فأخبره بما أفتيتك، فإن جعلك في حلٍّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك»[١] انتهى.

وذكر بعض أعلام فقهائنا المتأخّرين[٢]: أنّ موضع الدلالة منها كلمتان:

الأُولى: ظهور قوله: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمة سواء أضفنا البغل إلى اليوم أو جعلناه منوّناً عوض اللام، فيكون التقدير: قيمة البغل يوم المخالفة.

وسقوط اللام حينئذٍ؛ للإضافة لا للتنكير ليكون موهماً أنّها قيمة بغل مثل البغل لو تلف، فيدلّ على ضمان القيمي بالمثل، والقيمة هي قيمة المثل لا قيمة التالف.

واحتمل جماعة تعلّقه بالفعل المستفاد من: «نعم» أي: يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل، فلا يدلّ على قيمة يوم المخالفة[٣].

ثمّ قال: (وهو بعيد جدّاً، بل غير ممكن؛ لأنّ السائل إنّما سأل عمّا يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم يكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه: أرأيت لو عطب البغل أو نفق، أليس كان يلزمني؟! فقوله: «نعم» يعني: يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل

---

(١) الوسائل الإجارة ١:١٧، الغصب ١:٧(١١٩:١٩ و٣٩٠:٢٥)، مع بعض الاختلافات.

(٢) هو الشيخ الأنصاري في المكاسب ٢٤٧:٣ ـ ٢٤٩.

(٣) راجع: مفتاح الكرامة ٢٤٤:٦، المستند ٢٨٧:١٤ ـ ٢٨٨، الجواهر ١٠١:٣٧ ـ ١٠٢.

يوم خالفته)[١].

الثانية: قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا» فإنّ إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه، فلابدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة؛ لأنّه هو يوم الاكتراء، فإنّ المخالفة ـ على ظاهر الرواية ـ كانت بمجرّد خروجه من الكوفة، ومعلوم عدم اختلاف القيمة في تلك المدّة القليلة، أي: ما بين الخروج من الكوفة والتوجّه إلى نحو النيل المحقّق للمخالف، انتهى ملخّصاً.

وأقول: إنّ فيما أفاده تَتِّئُ مواقع للنظر؛ إمّا:

أوّلاً: فقوله: (وأمّا ما احتمله جماعة) إلى: قوله: (فبعيد جدّاً، بل غير ممكن) غريب جدّاً، فإنّ الاستفهام في كلام الراوي: أليس يلزمني، لم يكن حقيقياً، وإنّما هو تقريري أو إنكاري، ولم يقصد به السؤال عمّا يضمن به، بل عن أصل الضمان، فإنّ الإمام عليه السلام لمّا ألزمه بالكراء من الكوفة إلى النيل ومنها إلى بغداد ثمّ منها إلى الكوفة، استنكر السائل ذلك واستفهم إنكاراً: أليس يلزمني ضمان العين؟! يعني: فكيف أضمن الأُجرة مع أنّي ضامن العين لو تلفت، مشيراً إلى فتوى أبي حنيفة المستندة إلى قاعدة: (الضمان بالخراج).

فليس في السؤال تعرّض للقيمة أصلاً، وليست هي من محلّ البحث في شيء فضلاً عن التعرّض لقيمة أيّ يوم من يومي الغصب أو التلف، وإنّما

---

(١) المكاسب ٣: ٢٤٨.

ذكر الإمام عليه السلام يوم المخالفة، وقال: «قيمة بغل يوم خالفته» إشارة إلى ردّ الاستنكار، وأنّك ـ بمخالفتك وغصبك ـ خرجت عن الأمانة، فصرت ضامناً للعين، وتعلّق الضمان يوم المخالفة ومن أجل المخالفة، ولو كنت مستمراً على إجارتك ولم تخالفها كنت أميناً ولم تكن ضامناً.

فحاصل الجواب: نعم، يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب، ولا إشعار فيها ـ فضلاً عن الظهور ـ بأنّ المدار على قيمته يوم التلف أو يوم الغصب أو غيرهما.

وثانياً: أنّ من الممكن منع اتّحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفة؛ إذ من الجائز أنّه قد اكتراه قبل خروجه بأيام. ولو سلّم أنّه اكترى يوم سفره، ولكن يمكن منع قرب عدوله إلى نحو النيل من ساعة خروجه من الكوفة، ولو كان قريباً منها لرجع إلى صاحب البغل وراجعه في الإجارة إلى النيل، والظاهر أنّ قنطرة الكوفة بعيدة عنها.

ولو سلّم كلّ ذلك، فلا دلالة فيها على أنّ اعتبار يوم الاكتراء كان من جهة وقوع المخالفة فيه، بل لعلّه من أجل أن يكون هو الأصل المحفوظ، فإمّا أن يتّفقا على بقائه على تلك القيمة إلى يوم التلف، أو يدّعي المالك الزيادة أو المستأجر النقيصة، فيرجعان إلى من يحكم بينهما حسب الأُصول والقواعد وتعيين المدّعي والمنكر والأخذ بوظيفة كلٍّ منهما، كما يشعر به ذيل الرواية.

وأغرب من هذا أنّه قدس سره ـ بعد استظهاره اعتبار يوم المخالفة ـ قال ما نصّه: (نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنّه لا يبعد أن يكون معنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من

عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً، ويكون السرّ في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربّما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوام من أنّ العبرة بقيمة ما اشترى به البغل...)[١] إلى آخره.

وهذا من الغرابة بمكان؛ فإنّ الحكم الواقعي لو كان هو اعتبار قيمة يوم التلف لكان اللازم بيانه، وببيانه يحصل دفع توهّم العوام، ولا وجه للتعبير بخلاف الواقع وأنّ العبرة بيوم المخالفة لدفع ذلك التوهّم، مع ما فيه من الإغراء بالجهل.

وبالجملة: فالعدول عن بيان الواقع إلى خلافه بذكر يوم المخالفة تارةً ويوم الاكتراء أُخرى ـ مع أنّ العبرة بيوم التلف واقعاً ـ لم يظهر له وجه أصلاً، بل غير جائز قطعاً.

ومن جميع ذلك ظهر أنّ الرواية بمعزل عن تعيين قيمة أيّ يوم من الأيام المحتملة، بل جلّ الغرض منها بيان أصل ضمان المنافع كضمان العين دفعاً لشبهة أبي حنيفة التي تقدّم توضيحها والجواب عنها غير مرّة، وبعد أن خلت القضية عن النصّ في تعيين قيمة يوم الغصب أو يوم التلف فاللازم الرجوع إلى مقتضى القاعدة، وهو اعتبار قيمة يوم التلف؛ لأنّه يوم انتقال الحقّ من العين إلى القيمة واشتغال الذمّة بها، كما ذهب إليه أكثر فقهائنا[٢].

---

(١) المكاسب ٣: ٢٥٠.

(٢) نسبه للأكثر الشهيد الأوّل في الدروس ٣: ١١٣، وقوّاه الشهيد الثاني في المسالك ١٢: ١٨٦، واختاره النجفي في الجواهر ٣٧: ١٠٥.

وانظر: المهذّب ١: ٤٣٦ ـ ٤٣٧، المختلف ٦: ٨١، التنقيح الرائع ٤: ٧٠، مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٨.

ودعوى: أنّ الذمّة قد اشتغلت بالقيمة يوم الغصب نظراً إلى أنّ معنى ضمان العهدة ـ كما تقدّم مراراً ـ هو: وجوب ردّ العين مع وجودها وتداركها بالبدل مع فقدها[١].

مدفوعة: بأنّ اشتغال الذمّة أوّلاً: كان فرضياً وتقديرياً، وثانياً: كان على نحو الإبهام والإجمال، وتنجّزه وتعيينه يكون يوم التلف، فالمدار عليه.

ومن هنا ظهر الحكم فيما لو كان الاختلاف من حيث المكان، كما لو كان للعين قيمة في بلد الغصب وأُخرى في بلد التلف والثالثة في بلد المطالبة أو التسليم، فالظاهر تعيين قيمة بلد التلف؛ لأنّها هي التي استقرّت وتنجّزت في الذمّة، وبها يحصل التدارك للعين شرعاً وعرفاً.

ولذا اتّفقوا ظاهراً على عدم العبرة بزيادة قيمة العين بعد التلف[٢]، إلّا من القائل بأعلى القيم من زمان الغصب إلى وقت الدفع، وهو شاذٌّ ولم يعلم وجهه.

وأقصى ما يقال في توجيهه: إنّ العين كانت مضمونة في جميع الأزمنة، فإذا ارتفعت قيمتها في زمان صار تداركها لا يحصل إلّا بدفع تلك القيمة، فكما أنّها لو تلفت تعيّنت هي، فكذا إذا حال أحد بينهما وبين المالك؛ إذ بقاؤها ـ مع عدم تمكّنه منها ـ مساوٍ لتلفها حكماً.

نعم، لو ردّها فقد حصل التدارك بنفس العين ولو نقصت قيمتها؛ لأنّ

---

(١) لاحظ درر الحكّام ٢: ٤٦١.
والظاهر أنّ هذا هو دليل القائل باعتبار يوم الغصب، فلاحظ.
(٢) انظر: الجواهر ٣٧: ١٠٤، المكاسب ٣: ٢٥٦.

ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه؛ لعدم كونه مالاً وإن كان مقوّماً لمالية المال وبه تتمايز الأموال قلّة وكثرة[١].

وبين آخر: أنّ للعين ـ مع تزايد القيمة ـ مراتب من المالية أُزيلت يد المالك عنها، فإن ردّ نفس العين سقط الحقّ ولم يضمن الزيادة، لأنّها اعتبار يتّبع العين، وإلّا ضمن العين بعليا مراتبها.

هذا كلّه لو علمت القيم يوم الغصب ويوم التلف.

أمّا لو شكّ في قيمتها يوم التلف وأنّها كانت عشرة أو خمسة فالمرجع إلى الأصل العملي، وهو أصالة اشتغال ذمّة الغاصب، ولا يحصل اليقين ببراءة ذمّته من حقّ المالك إلّا بدفع الأكثر[٢].

واستدلّ بهذا أيضاً لوجوب دفع أعلى القيم من زمن الغصب إلى وقت التلف أو إلى وقت الدفع[٣].

ولكنّه في الجميع واضح الضعف، وليس المورد من موارد الاشتغال، بل من موارد أصل البراءة؛ لأنّ التكليف بالأكثر غير معلوم، والقدر المتيقّن هو الأقلّ، وينفى المشكوك بالأصل، كما في سائر موارد الشكّ بين الأقلّ والأكثر.

نعم، لو كان التكليف مردّداً بين متباينين أو مجملاً تعيّن الرجوع إلى الاشتغال.

---

(١) لاحظ المكاسب ٣: ٢٥٤.

(٢) استُدلّ بهذا البيان في: السرائر ٢: ٤٨١، المناهل ٢٩٩.

(٣) راجع ص١٢٩ ذيل الهامش الأوّل.

ثمّ إنّ هذا كلّه إنّما هو في تفاوت القيمة السوقية الناشئة من تفاوت الرغبات.

أمّا الارتفاع لزيادة العين فلا خلاف فى ضمان أعلى القيم، وتكون الزيادة في القيمة بإزاء زيادة العين وضمانها كضمان الجزء الفائت.

نعم، يجري الخلاف في ضمان هذه الزيادة، وأنّه باعتبار قيمتها يوم الغصب أو يوم التلف أو غير ذلك.

هذا تمام الكلام في القيمي، وجميع ما ذكر فيه يجري في المثلي إذا تعذّر المثل وانتقل الحقّ إلى قيمته، أي: قيمة المثل، سوى أنّ يوم التعذّر هنا يقوم مقام يوم التلف هناك؛ لأنّه هو اليوم الذي ينتقل الحقّ فيه من العين إلى القيمة، فيعتبر قيمة المثل يوم تعذّره، لا قيمة يوم التلف.

الحالة الثالثة ـ من حالات العين المغصوبة ـ: تعذّر الوصول إليها وعدم إمكان ردّها إلى المالك مع وجودها وعدم تلفها وهلاكها، كما لو أبق العبد من الغاصب أو شردت الدابّة أو وقع المال المغصوب في البحر أو ضاع أو سرق وأمثال ذلك.

وقد اتّفقوا هنا على وجوب التدارك بدفع البدل مثلاً في المثلي وقيمةً في القيمي، ويسمّونه: (بدل الحيلولة)[1].

ولكنّهم وقعوا في محذور عويص ارتبكوا أشدّ الارتباك في التخلّص منه، وهو: أنّهم اتّفقوا أنّ ما يدفعه الغاصب من البدل يملكه المغصوب منه

---

(١) قارن: مجمع الفائدة ١٠:٥٣٨، الجواهر ٣٧:١٣١، المكاسب ٣:٢٥٧.

ويتصرّف فيه جميع التصرّفات المتوقّفة على الملكية من بيع ورهن ووقف وغيرها[١]، ثمّ اتّفقوا على الظاهر أنّ المغصوب الذي يتعسّر أو يتعذّر الوصول إليه ـ كما لو كان ضائعاً مجهول المحلّ مثلاً ـ هو باقٍ على ملك مالكه المغصوب منه. ولهذا لو ظهر ـ بعد ذلك ـ يرجع له، لا للغاصب الضامن[٢]. ويؤيّده أنّه لم تجر معاملة توجب الانتقال.

فلزم من هذين الأمرين محذور اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد، أي: اجتماع العوض والمعوّض، بل كون العوض بلا معوّض، وهو محال عقلاً باطل شرعاً.

وحاول بعضهم التفصّي عن الإشكال: بالتزام عدم دخول البدل في ملك المغصوب منه، بل مفاد هذه المبادلة إباحة جميع التصرّفات حتّى الموقوفة على الملكية، فيكون المقام نظير المعاطاة على القول بالإباحة لا الملكية، ويكون بيعاً لازماً بتلف أحد العوضين، فكذلك ما نحن فيه[٣].

ولكنّك خبير بأنّ هذا لا يجدي في رفع الإشكال؛ لأنّهم في المعاطاة ـ على القول بالإباحة ـ التزموا بحصول الملكية آناً ما قبل التصرّف الموقوف على الملك كالوقف والبيع[٤]، فلو التزما هنا بذلك عاد الإشكال تماماً،

---

(١) ادّعي عدم الخلاف في المكاسب ٣: ٢٥٩.

ولاحظ: الخلاف ٣: ٤١٢، المبسوط ٣: ٩٥، الغنية ٢: ٢٨١ ـ ٢٨٢، السرائر ٢: ٤٨٦.

(٢) انظر: جامع المقاصد ٦: ٢٦١، الجواهر ٣٧: ١٢٩، المكاسب ٣: ٢٦٧.

(٣) احتمل هذه المحاولة الأنصاري في المكاسب ٣: ٢٥٩. وحكى الجزم بذلك عن المحقّق القمّي في أجوبة مسائله.

(٤) راجع المكاسب ٣: ٨٣ وما بعدها.

حيث يلزم أن يكون المغصوب منه قد ملك البدل مع بقاء المبدل على ملكه ولذا لو ظهر رجع إليه لا إلى الغاصب، ففي المعاطاة يلتزمون عند التصرّف بالمعاوضة على حقيقتها بخلافه هنا.

ومن هنا أيضاً ينشأ إشكال آخر، وهو: أنّه لو رجع المبدل المغصوب وأمكن ردّه إلى مالكه، فهل يرجع ما أخذه من البدل عيناً أو بدلاً إلى الغاصب مطلقاً، أو لايرجع مطلقاً فيجمع بين العوض والمعوّض، أو يرجع إذا كان موجوداً ولايغرمه إذا كان تالفاً؟ وجوه وأقوال[1] لا يخلو كلّ واحد من الإشكال، والمسألة من معضلات الفنّ.

وأقصى ما يمكن أن يقال من التحقيق والوجه الدقيق لحلّها هو: أنّ للعين المملوكة ـ بنظر العقلاء ـ اعتباراً من حيث ذاتها مجرّدة عن كلّ شيء وعن كلّ وصف، واعتباراً ثانياً من حيث أوصافها ومنافعها المحقّقة لماليتها، ولا شكّ أنّ الملكية تدور مدار الذات لا الصفات، يعني: أنّ الملكية تتحقّق وإن لم تكن للعين مالية، كما واضح في حبّة الحنطة، فإنّها ملك لك ولايجوز لأحد أن يأخذها بدون إذنك، ويكون غاصباً لو انتزعها منك بغير رضاك، ولكنّها ليست بمال ولايبذل بإزائها مال، فالمال شيء والملكية شيء آخر. فإذا غصبك عيناً لها مالية وحال بينك وبين الانتفاع بها فقد غصبك الذات والصفات ـ أي: المنافع ـ فيجب عليه عقلاً وشرعاً التدارك والغرامة بعد تعذّر ردّ الذات، ولايحصل التدارك إلّا بدفع بدلها مثلاً أو قيمةً، ولايتحقّق التدارك التامّ والغرامة إلّا بأن يكون لك جميع أنواع التصرّفات بالبدل حتّى الموقوفة على الملك على النحو الذي كان لك في مالك.

---

(١) لاحظ المسألة في الجواهر ٣٧: ١٢٩ وما بعدها.

ولكن هذا لا يقتضي التبادل في الملكية، بل كلّ مال من البدل والمبدل باقٍ على ملك صاحبه، وإنّما دفع لك البدل بدلاً عن حيلولته بينك وبين الانتفاع بمالك، ولذا سمّوه: (بدل الحيلولة).

وبعبارة أجلى: أنّ مالية البدل لك إمّا عينه وذاته، فهي لصاحبها الضامن، كما أنّ المبدل المفقود ذاته لك.

أمّا ماليته فقد ذهبت عليك وتداركها الغاصب بدفع البدل، فلو ظهر البدل المفقود رجع إلى مالكه المغصوب منه؛ لأنّه ملكه.

أمّا بدله فإن كان موجوداً عنده أرجعه إلى الغاصب؛ لأنّه ملكه، وقد ارتفعت الحيلولة الموجبة لتسلّط المغصوب منه عليه.

وأمّا لو كان تالفاً تلفاً حقيقياً أو حكمياً ـ كما لو وقفه أو أعتقه ـ فلا رجوع عليه، لا بغرامة ولا غيرها؛ لأنّ الشارع أسقط ضمانه بسوء اختيار الغاصب حيث ارتكب الغصب. وهذا معنى ذهابه من مال الغاصب، كما لو تلفت العين المغصوبة تلفاً حقيقياً، أليس يغرمها الغاصب وتذهب من ماله؟! فكذلك هنا، ويكون إتلاف المغصوب منه للبدل ليس لأنّه مالك له حتّى يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، بل هو ملك الغاصب، ولكنّه مأذون شرعاً بإتلافه حقيقةً أو حكماً بوقف ونحوه، مثل: الإذن بأكل مال الغير في مخمصة[1] ونحوها، سوى أنّ هذا بضمان، وما نحن فيه بغير ضمان؛ لأنّه غاصب.

أمّا لو باعها فالأقرب أن البيع يقع متزلزلاً ومراعى، فإن رجع

---

(١) المخمصة: المجاعة. (صحاح اللغة ٣:١٠٣٨).

المغصوب انفسخ بيع المغصوب منه للبدل ورجع إلى الغاصب، وإن تلف المغصوب تلفاً حقيقياً أو حصل اليأس من عوده صار البيع لازماً، كما أنّه لو كان بعد في يد المغصوب منه صار ملكاً ذاتاً له، وأشبه المعاطاة من هذه الجهة وإن كنّا لا نلتزم بالملكية آناً ما في هذا المقام كما في المعاطاة، بل نقول: لو وقف أو أعتق أو باع إنّه باع ووقف ملك الغير عن نفسه بإذن الشارع ويأخذ العوض بدلاً عن ماله الذي حال الغصب بينه وبين التصرّف فيه، فبينه وبين المعاطاة فرق ظاهر.

وبهذا ترتفع جميع المحاذير، وتندفع كافة الإشكالات، ولايلزم سوى تخصيص قاعدة: (لابيع إلّا في ملك) وأخواتها، وهو غير عزيز النظير في القواعد الشرعية والمسائل الفقهية.

و بهذا كلّه ظهر أنّ أصحّ الأقوال هو القول الثالث وهو القول بالتفصيل، كما ظهر أيضاً أنّه مع إمكان الردّ وزوال التعذّر يجب على الغاصب ردّها ويستردّ ما دفعه من الغرامة إن كانت موجودة، وإلّا ردّها بغير استرداد شيء. فلو لم يردها وتلفت ضمنها ثانياً، وهكذا. وللمالك المغصوب منه انتزاعها من الغاصب.

وإذا ردّ البدل لا يردّ منافعه المنفصلة، بل ولا يغرم قيمة ما استوفاه من منافعه الماضية.

نعم، الزيادة المتّصلة تتبع العين.

أمّا منافع العين المغصوبة فهي للمالك في جميع الأحوال، ويغرم الغاصب قيمة ما استوفاه؛ كما عرفت مراراً، خلافاً لأبي حنيفة.

ثمّ ليس للغاصب حبس العين المغصوبة حتّى يستردّ غرامته إذا كانت موجودة وإن كان القول: بأنّ له حبسها ـ وفاقاً لجماعة من الأعلام[١] ـ غير بعيد.

هذا موجز الكلام في بدل الحيلولة، وبقيت فروع وتحقيقات أُخرى لا يتّسع لها المجال مذكورة في كتب أصحابنا المبسوطة[٢]، وفيما ذكرناه كفاية إن شاء الله.

(مادّة: ٨٩٢) إذا سلّم الغاصب عين المغصوب في مكان الغصب إلى صاحبه برِئ الغاصب من الضمان [٣].

تحتاج هذه المادّة إلى قيود أُخرى، فإنّ التسليم في مكان الغصب إنّما يكفي إذا لم يكن مخوفاً ولم يكن فيه محذور، أمّا مع الخوف أو الضرر فلا يكفي في رفع الضمان إلّا إذا رضي المغصوب منه.

كما كان يلزم تقييد صاحبه بما إذا كان بالغاً عاقلاً رشيداً. ومع فقد واحد من هذه الصفات فالضمان باق.

وفي حكم تسليمه التسليم إلى وكيله أو وليه أو وارثه مع موت المالك.

---

(١) كالعلاّمة الحلّي في التحرير ٢: ١٤٠.

(٢) لاحظ: مجمع الفائدة ١٠: ٥٣٨ وما بعدها، الجواهر ٣٧: ١٣١ وما بعدها، المكاسب ٣: ٨٣ و ٢٥٧.

(٣) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢ بالصيغة التالية:

(إذا ردّ وسلّم الغاصب عين المغصوب لصاحبه في مكان الغصب يبرأ من الضمان).

قارن: تبيين الحقائق ٥: ٢٢٢، المجموع ١٤: ٢٢٧، مجمع الأنهر ٢: ٤٥٦، تكملة البحر الرائق ٨: ١٠٩، حاشية ردّ المحتار ٦: ١٨٢.

ولو سلّم العين إلى أحد الورثة بدون إذن الباقين ضمن لهم.

وفي حكم تسليمه أيضاً إذن المالك ببقائها عند الغاصب وديعة أو عارية أو إجارة أو إباحة.

ففي جميع ذلك يزول الضمان عن الغاصب، ويجري عليه حكم تلك العناوين.

وكذا لو وكلّه على بيعه أو إجارته فتلف قبل ذلك.

والحاصل: يزول عنوان الغصب الموجب للضمان بكلّ ما دلّ على رضا المالك ببقاء العين المغصوبة في يد الغاصب ويتحقّق به عنوان الردّ عرفاً.

فلو قال للغاصب: أنت وكيل على بيعه، وتلف في يد الغاصب قبل البيع، فلا ضمان، خلافاً لبعض شرّاح (المجلّة)(١).

وكلّ هذا واضح.

إنّما المهمّ ما يتحقّق به عنوان الردّ والتسليم، وهو كسائر المفاهيم له أفراد قطعية الدخول فيه، كما أنّ هناك أفراداً قطعية الخروج، وهناك أفراد مشكوك بأنّه يتحقّق عنوان الردّ بها حتّى يزول الضمان أم لا.

منها: ما ذكره في:

(مادّة: ٨٩٣) إذا وضع الغاصب عين المغصوب...(٢).

---

(١) درر الحكّام ٢: ٤٧٥، ولاحظ الفتاوى الهندية ٥: ١٣٥.

(٢) تكملة المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢ ـ هي:

←

وإن لم يوجد ردٌّ في الحقيقة.

و(منها): ما لو دفعه له بعنوان الهدية أو الضيافة أو نحوها من العناوين المجّانية، وأنّها ليست ماله المغصوب.

فلو غصبه طعاماً وقدّمه للمالك فأكله وهو لا يعلم بأنّه طعامه لم يتحقّق الردّ، ويكون ضامناً، إلى كثير من هذه الفروع.

وخلاصة التحقيق: ما تقدّم في أمثال هذا الباب من أنّ الردّ والتسليم والأخذ والقبض كلّها مفاهيم عرفية، فالمرجع في تعيين مصاديقها إلى العرف[1]، وما يشكّ العرف فيه أو لم يعرف حاله عندهم فالمرجع إلى الأُصول الموضوعية، فإن لم يكن فالحكمية.

نعم، لا ريب في أنّ الردّ لا يتحقّق بالتخلية أو رفع الغاصب يده عن العين المغصوبة ونحو ذلك من المعاني السلبية، بل لابدّ في تحققّه من معنى إيجابي، فكما أنّ الغاصب لا يتحقّق بمحض رفع يد المالك عن حاله ـ ولذا قالوا: لو منع المالك عن إمساك دابّته لم يتحقّق الغصب[2] ـ فالردّ الذي هو نقيض الغصب ورافعه لا يتحقّق بصرف رفع الغاصب يده عن العين

→ (أمام صاحبه بصورة يقدر معها على أخذه يكون قد ردّ المغصوب وإن لم يوجد قبض حقيقي. وأمّا لو تلف المغصوب ووضع الغاصب قيمته أمام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض حقيقي).

راجع: مجمع الأنهر٢: ٤٥٩، الفتاوى الهندية ٥: ١٣٤ و١٣٦، حاشية ردّ المحتار ٦: ١٨٢.

(١) تقدّم في ج١ ص٤٥٧ و٤٦١ و٤٦٣.

(٢) نُسب هذا الحكم للمشهور في المسالك ١٢: ١٤٩ ـ ١٥٠.

وانظر: الدروس ٣: ١٠٥، مجمع الفائدة ١٠: ٥٠٦، الجواهر ٣٧: ١٤.

المغصوبة.

وكما لابدّ في تحقّق الغصب من الاستيلاء على مال الغير، فكـذلك لايحصل الردّ حتّى يحقّق استيلاء المالك على ماله المغصوب.

فلو أرسل الغاصب الدابّة ونزع يده منها لم يحصل ردّ ما لم يضع لجامها في يد المالك أو يلقيه بين يديه، بل لو وضعها في مربطها أو أدخلها في بيت المالك أو وضع الثوب في صندوق المالك ونحو ذلك، كلّ ذلك لا يكون ردّاً، ولا أقلّ من الشكّ، فيستصحب حكم الضمان لو تلف.

وممّا ذكرنا ظهر الخلل في:

(مادّة: ٨٩٣) إذا وضع الغاصب عين المغصوب أمام صاحبه بصورة يقدر على أخذه فيكون قد ردّ المغصوب وإن لم يوجد قبض في الحقيقة[١].

وجعلوا هذا ردّاً حكمياً ومع القبض ردّاً حقيقياً، وأنّ الفرق بينهما ما ذكرته (المجلّة) بقولها:

أمّا لو تلف المغصوب ووضع الغاصب قيمته قدّام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض في الحقيقة.

وعلّل هذا بعض الشرّاح: بأنّ دفع القيمة مبادلة وهي لا تكون إلّا برضا الطرفين، بخلاف ما لو دفع العين، فإنّها عين حقّه[٢].

---

(١) تقدّم نصّ المادّة ومصادرها في الهامش الثاني من ص ١٤٤.

(٢) درر الحكّام ٢: ٤٧٨ ـ ٤٧٩.

وأنت خبير بضعف هذا التعليل بل فساده، فإنّ المبادلة لو كانت اختيارية لاحتاجت إلى رضا الطرفين. أمّا لو كانت قهرية بحكم الشارع ومصادقة العرف فلا حاجة إلى الرضا.

وتوضيحه: أنّ الشارع لمّا جعل المثل أو القيمة بدلاً عن العين التالفة لزم أن يترتّب على البدل جميع آثار المبدل، فكما أنّ الغاصب لو دفع العين خرج من عهدة الضمان قهراً على المالك رضى أو لم يرض، فكذلك لو دفع البدل الذي جعله الشرع والعرف بمنزلة العين.

وببيان آخر: أنّ الوضع قدّام المالك إن كان من مصاديق الردّ عرفاً فهو يكفي في القيمة كما يكفي في العين، وإن لم يكن منها فلا يكفي في المقامين. فالتفصيل لا وجه له أصلاً.

وهذا هو الوجه في:

(مادّة: ٨٩٤) لو سلّم الغاصب فإن دفعه في محلٍّ مخوف لا يتحقّق معه الاستيلاء التامّ، فلا يتحقّق الردّ المسقط للضمان[1].

نعم، لو قبضه ورضي فقد أسقط حقّه.

وهذا مطرّد في جميع الحقوق التي في الذمم والأعيان من الدين والسلف والكفالة وغيرها.

---

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢:

(لو سلّم الغاصب عين المغصوب إلى صاحبه في محلٍّ مخوف فله حقّ في عدم قبوله. ولا يبرأ الغاصب من الضمان بهذه الصورة).

قارن الفتاوى الهندية ٥:١٢٧.

(مادّة: ٨٩٥) إذا أعطى الغاصب...[١].

الرجوع إلى الحاكم على الظاهر لا حاجة له إلّا إذا لم يمكنه أن يضعه بين يديه أو يلقيه عليه في محلّ الأمن فهناك إمّا أن يدفعه إلى الحاكم فيبرأ، أو يطلب منه إحضاره فيلزمه بأخذه.

(مادّة: ٨٩٦) إذا كان المغصوب منه صبياً وردّ الغاصب إليه المغصوب فإن كان مميّزاً وأهلاً لحفظ المال يصحّ الردّ، وإلّا فلا[٢].

الردّ إلى ولي الصغير غير البالغ مطلقاً أولى وأحوط، ولا يصحّ الدفع إلّا للبالغ الرشيد.

أمّا النائم فإن غصب منه حال نومه ـ كما لو أخذ خفّه أو رداءه أو انتزع من إصبعه خاتمه ـ فقد أجاز أبو يوسف ردّه إليه في ذلك النوم، فلو ردّه في نومه الثاني بعد انتباهه لم يخرج من الضمان[٣].

واشترط الشيباني وحدة المجلس، لا وحدة النوم[٤].

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢:

(إذا أدّى الغاصب قيمة المال المغصوب الذي تلف إلى صاحبه ولم يقبله راجع الحاكم، فيأمره بالقبول).

لاحظ: الفتاوى الهندية ٥:١٣٧، حاشية ردّ المحتار ٦:١٨٢.

(٢) وردت في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢ زيادة آخر المادّة هي:

(ويبرأ الغاصب من الضمان حسب المادّة: ٨٥٠).

راجع الفتاوى الهندية ٥:١٣٥.

(٣) انظر الفتاوى الهندية ٥:١٣٥ ـ ١٣٦.

(٤) لاحظ المصدر السابق.

والأصحّ أنّه ـ بوضع يده على مال غيره ـ صار ضامناً، ولا يسقط إلّا بالقدر المتيقّن من الردّ، وهو ردّه في يقظته.

(مادّة: ٨٩٧) إذا كان المغصوب فاكهة فتغيّرت عند الغاصب ـ كأن يبست ـ فصاحبه بالخيار إن شاء استردّ المغصوب عيناً، وإن شاء ضمّنه[1].

تغيّر المغصوب عند الغاصب له ثلاث حالات:

الأُولى: أن تتغيّر الذات والحقيقة النوعية.

وله صورتان:

أُولاهما: أن تتغيّر الذات بالانقلاب، كانقلاب الخمر خلاً والحيوان ملحاً أو الخشب فحماً.

ثانيهما: تغيّره بالنشوء والنمو، كصيرورة الحبّ زرعاً والنطفة حيواناً.

الثانية: أن لا تتغيّر بل تتغيّر العوارض والصفات.

وله صورتان أيضاً: فإنّ تغيّر الوصف إمّا أن يكون مع بقاء الاسم، كصيرورة الثوب الأبيض أسود والأصفر أحمر وهكذا، أو يتبدّل الاسم أيضاً، كصيرورة القمح دقيقاً والدقيق خبزاً، ومنه صيرورة قطعة القماش بالقطع والخياطة قميصاً أو قباءً.

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢ لم ترد كلمة: (عيناً)، ووردت آخر المادّة زيادة: (قيمته).
قارن: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥:٢٢٦ و٢٢٩، الشرح الصغير للدردير ٣:٦٠٠، اللباب ٢:١٩١ و١٩٣.

الثالثة: أن يتغيّر بالامتزاج مع غيره.

فإن استهلك في المزيج فهو تلف، وإلّا فإمّا أن يمكن تمييزه وعزله أو لا، وعلى الثاني فإمّا أن يتمزج بالمساوي أو الأعلى والأدنى.

أمّا تغيّر الذات بالانقلاب فإن عدّه العرف تلفاً فلا إشكال ويجري عليه ما سبق من أحكام التلف، وإلّا فالمالك مخيّر بين أخذه أو أخذ المثل أو القيمة ويبقى المال للغاصب.

وأمّا تغيّرها بالنشوء والنمو كما لو غصب حبّاً فزرعه، فالزرع دائماً لصاحب البذر وكذلك الحيوان لصاحب النطفة ولصاحب الأرض والعامل الأُجرة. أمّا إذا كان العامل هو الغاصب فلا أُجرة له، وكذلك لو زرعها في أرضه.

نعم، للمالك أن يترك الزرع للغاصب ويطالبه بالمثل أو القيمة من جهة التغيير.

وأمّا تغيير العوارض والصفات ففيه صور كثيرة يجمعها ثلاثة عناوين: فإنّها إمّا زيادة أو نقيصة أو فصل ووصل، والزيادة إمّا زيادة عين كما لو خاط الغاصب الثوب بخبوطه وصبغه بصبغه حيث يكون الصبغ جسماً لا عرضاً، وإمّا زيادة وصف محض كما لو علّم العبد الكتابة أو ساوى الأرض أو أقام السيف المعوج وهكذا.

أمّا زيادة العين فقد اتّفقوا ظاهراً على أنّ الواجب على الغاصب

انتزاعها، فإن عابت أو تلفت فلا غرامة له؛ لأنّه هو المسبّب على نفسه(١)، وإن عابت العين المغصوبة وجب عليه التدارك لمالكها، وللمالك أن يأخذها ويدفع قيمة العين الزائدة من خيوط أو صبغ أو غيرهما، ولكن للغاصب أن يمتنع وينتزعها إذا شاء.

هذا مع إمكان الانتزاع.

أمّا مع عدمه ـ كما في الصبغ ونحوه من كتابة ورسم ونظائرها ـ فالمالك مخيّر بين أخذها ودفع قيمة الزيادة للغاصب، وبين أخذ المثل أو القيمة، وبين بيع العين ويأخذ كلّ من الغاصب والمغصوب منه حقّه بالنسبة.

ويمكن أن يقال: إنّ الصبغ إن كان عيناً ولها جرم فإن أمكن نزعها تعيّن، وإلّا فلا حقّ للغاصب؛ لأنّها من قبيل الأوصاف.

نعم، لو نقصت فعليه أرش النقص، فليتأمّل.

أمّا زيادة الوصف المحض ـ كتعليم الكتابة أو تمرين الدابّة أو تسوية الأرض ـ فلا يضمنه المغصوب منه وإن زادت به القيمة أضعافاً؛ لأنّ الأوصاف عندهم لا تقابل بالأثمان وإن زادت بها الأثمان(٢).

ولكنّهم قالوا: لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب فلا شيء عليه ولا له، إلّا تكون عيناً(٣).

---

(١) راجع: المسالك ١٢: ٢١١ و٢٣٩ وما بعدهما، مجمع الفائدة ١٠: ٥٤٢ ـ ٥٤٣، الجواهر ٣٧: ١٥٣ و١٥٦.

(٢) العناوين ٢: ٢١٥ و٢٨٤.

(٣) انظر: مجمع الفائدة ١٠: ٥٤٢، الجواهر ٣٧: ١٥٠.

فإن تمّ الاتّفاق على هذا فهو، وإلّا فلا يخلو من نظر.

وأمّا النقيصة فإن كانت عيناً فهي من نقص الأجزاء، والمتّفق على ضمانها قولاً واحداً[١].

وإن كانت وصفاً محضاً ـ كما لو اعوجّ السيف عند الغاصب ونسي العبد الكتابة وأمثال ذلك ـ فظاهرهم الاتّفاق على أنّها مضمونة بالأرش كالأجزاء[٢]، مع أنّهم في زيادتها قالوا: بعدم الضمان؛ لأنّها لا تقابل بالأعواض[٣]، والعلّة مطّردة، ووجه الفرق يحتاج إلى مزيد تأمّل.

وممّا ذكر يعلم حال الفصل والوصل ـ كما لو قطع أو حاك الغزل ـ فإن نقصت القيمة ضمن الغاصب النقيصة، وإن ساوت أو زادت فلا شيء له ولا عليه.

وأمّا التغيير بالامتزاج فإن أمكن التمييز فلا إشكال، وإلّا فلا يخلو إمّا أن يمتزج بالمساوي أو بالأعلى أو بالأدنى.

فإن كان المساوي فالقسمة ويأخذ كلّ واحد حقّه أو يبقى على الشركة عيناً لا قيمةً.

وكذا قالوا في امتزاجه بالأعلى؛ لأنّ الزيادة الحاصلة صفة حصلت بفعل الغاصب عدواناً، فلا يسقط حقّ المالك مع بقاء عين ماله، كما لو صاغ

---

(١) لاحظ: المسالك ١٢: ١٩٢، الجواهر ٣٧: ١١٢.

(٢) قارن: المسالك ١٢: ٢٠٩ و٢١٨ ـ ٢١٩، الجواهر ٣٧: ١٥ و١٦٩.

(٣) راجع المسالك ١٢: ٢٠٩.

النقرة وعلف الدابّة فسمنت[١].

وفيه نظر لا يخفى.

والقول: بالانتقال إلى المثل أو القيمة[٢] أقرب إلى الصواب؛ لأنّه جمع بين الحقّين، كما لو مزجه بالأدنى ولم يمكن التمييز.

هذا تمام الكلام في أنواع التغيير وحكم كلّ نوع منها.

ومنه يظهر الخلل الواسع في مواد (المجلّة)، كما نشير إليه في كلّ مادّة حسب ما يأتي.

ففي هذه المادّة [أي]: (**مادّة: ٨٩٧**)[٣] الحكم بالخيار غير متّجه، بل ليس له إلّا عين ماله، فإن نقصت قيمته باليبس أخذ الأرش، وإلّا فله العين بلا ضميمة.

ولا فرق بين أن يكون اليبس بفعل الغاصب أو بفعل غيره أو بسبب سماوي، كما لو جفّف العنب فصار زبيباً أو جفّ لحرارة الهواء.

ومن الغريب قول بعض الشرّاح:

(إنّه لو جفّف الغاصب العنب ملكه وينقطع منه ملك المغصوب منه)[٤].

---

(١) انظر: الشرائع ٤: ٧٧٠، المختلف ٦: ٨٢ ـ ٨٣.

وحكى الشهيد الثاني هذا القول دون نسبة لأحد في المسالك ١٢: ٢١٦.

(٢) كما هو قول الطوسي وابن إدريس في: المبسوط ٣: ٧٩ ـ ٨٠، السرائر ٢: ٤٨٢.

(٣) تقدّم نصّها ومصادرها سابقاً، فراجع.

(٤) قريب من هذا القول ما في درر الحكّام ٢: ٤٨٢.

فإنّه حكم جزافي لا وجه له.

كما لا وجه للخيار في:

(مادّة: ٨٩٨) إذا غيّر الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخيّر إن شاء أعطى قيمة الزيادة واستردّ المغصوب عيناً، وإن شاء ضمّنه.

مثلاً: لو كان المغصوب ثوباً وكان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخيّر إن شاء ضمّن الثوب، وإن شاء أعطى قيمة الصبغ واستردّ الثوب عيناً(١).

بل الأصحّ التفصيل، فإن كانت الزيادة عيناً وأمكن نزعها كالخيوط تعيّن، إلّا أن يتراضيا، فيدفع المالك قيمة الزيادة ويأخذ العين، وإن لم يكن فإن نقصت القيمة ضمن الغاصب النقيصة، وإلّا أخذ المالك العين، ولا شيء للغاصب ولا عليه.

ولا فرق في ذلك بين الصبغ وغيره من أنواع الزيادة.

(مادّة: ٨٩٩) إذا غيّر الغاصب المغصوب بحيث يتبدّل اسمه يكون ضامناً، ويكون له المال المغصوب(٢).

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢ لم ترد: (قد)، ووردت زيادة: (الغاصب قيمة) بعد: (ضمّن).

قارن: مجمع الأنهر ٢: ٤٦٣، الفتاوى الهندية ٥: ١٢١، حاشية ردّ المحتار ٦: ١٩٦ ـ ١٩٧، اللباب ٢: ١٩٣.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٢ وردت عبارة: (**يبقىٰ المال المغصوب له**) بدل: (**يكون له** ←

عرفت أنّ تبدّل الاسم لا أثر له، وإنّما المدار على انقلاب الذات أو تبدّل الصفات، فمن غصب حنطة وطحنها فإنّ الدقيق وإن اختلف مع الحنطة بالاسم ولكن الحقيقة واحدة وأكثر الخواص فيهما متساوية، وكذا لو غصبه عنباً فصار زبيباً أو رطباً فصار تمراً أو دبساً.

والمرجع في أمثال ذلك إلى زيادة القيمة ونقصاها، فإن نقصت ردّ العين مع الأرش، وإن زادت أو ساوت أخذها بلا شيء.

كلّ ذلك لأنّ عينه موجودة، وإنّما تغيّرت العوارض والصفات، وتغيّر الاسم لا يوجب تغيّر الحقيقة. ولعلّ من هذا القبيل ما لو غصب شاةً وذبحها.

وفروع هذا الأصل كثيرة لا تحصى، ولكن تمييزها عن غيرها يحتاج إلى لطف قريحة.

وعلى ما ذكرنا فلا وجه لقول (المجلّة): **مثلاً: لو كان قد غصب الآخر...**

وكذا لا صحّة لقولها: **ومن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه**

← **المال المغصوب**)، ووردت آخر المادّة زيادة: (**مثلاً: لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقاً يضمن مثل الحنطة ويكون الدقيق له. كما أنّ من غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه يكون ضامناً للحنطة ويكون المحصول له**).

وهذا المذكور في المادّة هو رأي الحنفية والمالكية.

أمّا الشافعية والحنابلة في الصحيح فقد قالوا: هما معاً للمغصوب منه.

راجع: المبسوط للسرخسي ١١:٨٤ ـ ٨٥، المغني ٥:٤٠٥، فتح العزيز ١١:٣١١ و٣١٢ و٣١٦، المجموع ١٤:٢٤٨ و٢٦٤، تبيين الحقائق ٥:٢٢٩ ـ ٢٣٠، مجمع الأنهر ٢:٤٥٩ ـ ٤٦٠، الفتاوى الهندية ٥:١٢١ و١٤٠، الشرح الصغير للدردير ٣:٥٩١ وما بعدها، حاشية ردّ المحتار ٦:١٩٠ ـ ١٩١، اللباب ٢:١٩١.

يكون ضامناً للحنطة والمحصول له.

بل الحقّ: أنّ الزرع لصاحب الحنطة وله أُجرة الأرض على تأمّل في استحقاقه أُجرة الأرض والعمل، بل هو من قبيل: ما لو علف الدابّة فسمنت، واستحقاق الأُجرة في المقامين يحتاج إلى مزيد تأمّل.

أمّا رجوع الزرع إلى صاحب الحنطة فممّا لا ينبغي الإشكال فيه؛ للقاعدة المسلّمة على الظاهر شرعاً وعرفاً في: أنّ الزرع لصاحب البذر[1].

وتوهّم: أنّ زرع الحنطة إتلاف للحنطة[2]، توهّم فاسد جدّاً، بل الحنطة قد نمت واتّسعت، لا أنّها عدمت ووجد الزرع من شيء آخر.

وبالجملة: ليس المقام مقام إيجاد وإعدام، أي: إعدام حقيقة وإيجاد حقيقة أُخرى، بل تلك الحقيقة ارتقت وصعدت في صراط الحركة حبّ وزرع ثمّ زرع وحبّ وهكذا، فتدبّره جيّداً وإن كان واضحاً.

نعم، من الصحيح المحكم قولها:

(مادّة: ٩٠٠) إذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه أن لا يقبله... إلى آخرها[3].

---

(١) لاحظ هذه القاعدة في: المسالك ١٢: ٢٣٩، الجواهر ٣٧: ٢٠٣.

(٢) انظر: الخلاف ٣: ٤٢٠ - ٤٢١، المبسوط ٣: ١٠٥، الوسيلة ٢٧٦ - ٢٧٧، درر الحكّام ٢: ٤٨٧.

(٣) تكملة هذه المادّة - على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٣ -:

(وأن يطالب بقيمته التي كانت في زمان الغصب.

ولكن إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب يلزم الضمان.

←

فإن الغاصب إذا ردّ العين لصاحبها ولم ينقص جزء من أجزائها ولا تغيّر وصف من أوصافها سوى أنّ قيمتها السوقية نزلت لم يكن عليه ضمان نقصان القيمة السوقية؛ لأنّه ردّ عين ماله إليه بحاله، وزيادة السوق أمر اعتيادي ليس بشيء مضمون.

وهذا على الظاهر متّفق عليه بين الفريقين(١).

وتفاوت الرغبات شؤون خارجية وجهات اعتبارية تحدث وتزول في نفوس البشر بمشيئة الله جلّ شأنه وتصرّفه في الأكوان.

نعم، لو كان نقص القيمة بسبب استعمال الغاصب لزمه الضمان قطعاً؛ لأنّه يعود إلى نقص جزء أو وصف في العين ولو وصفاً اعتبارياً، ككونه جديداً أو غير مستعمل، كما ذكره في (المجلّة) فضلاً عمّا ذكرته بقولها:

← **مثلاً: إذا ضعف الحيوان الذي غصب وردّه الغاصب إلى صاحبه يلزم ضمان قيمته.**
كذلك إذا شقّ الثوب الذي غصب [و] طرأ بذلك على قيمته نقصان.
فإن كان النقصان يسيراً ـ يعني: لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب ـ فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته، وإن كان فاحشاً ـ أعني: إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد ـ فالمغصوب منه مخيّر إن شاء ضمّنه نقصان القيمة وإن شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته).
قارن: المهذّب للشيرازي ١:٣٦٩، الهداية للمرغيناني ٤:٢٠، فتح العزيز ١١:٢٩١، البناية في شرح الهداية ١٠:٢٣٠، الإنصاف ٦:١٤٦، نهاية المحتاج ٥:١٧٤، الفتاوى الهندية ٥:١٢١، الشرح الصغير للدردير ٣:٦٠٠.

(١) راجع المصادر المتقدّمة آنفاً بالإضافة إلى: الخلاف ٣:٤٠٤، المبسوط ٣:٧٢، الروضة البهيّة ٧:٥٤، المسالك ١٢:١٥٠.
إلاّ ما نُقل عن أبي ثور من: أنّه يضمن نقصان القيمة السوقية.
لاحظ فتح العزيز ١١:٢٩١.

مثلاً: إذا ضعف الحيوان...

ثمّ لا وجه للتفصيل في قضية شقّ الثوب بين ربع قيمة المغصوب وبين ما لو كان فاحشاً الذي نوهّت عنه بقولها: **كذلك إذا شقّ الثوب...**

وقد عرفت أنّ عين ماله موجود لم ينعدم، والقاعدة العامّة: أنّه كلّما كان عين المال موجوداً فالحكم ردّه بعينه. غايته أنّه إذا تغيّر وصفه تغيّراً يوجب نقص قيمته تدارك الغاصب النقص، وإلّا فلا شيء عليه.

وما ذكرته (المجلّة) من التفصيل حكم جزافي عار عن الدليل.

• **(مادّة: ٩٠١) الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرّف حكماً يعدّ من قبيل الغصب.**

كما أنّ المستودع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب، وبعد الإنكار لو تلفت يكون ضامناً[١].

قد عرفت أنّ الغصب لا أثر له أصلاً في باب الضمانات، وإنّما يدور الضمان وعدمه مدار وضع اليد ـ أي: الاستيلاء على مال الغير بدون إذنه ـ سواء كان غصباً أو غيره[٢].

---

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٣ بصيغة:

(الحال الذي هو مساوٍ للغصب في إزالة التصرّف حكمه حكم الغصب).

فلذلك إذا أنكر المستودع الوديعة يكون في حكم الغاصب، وإذا تلفت الوديعة في يده ـ بعد ذلك ـ يكون ضامناً).

انظر: تبيين الحقائق ٥:٧٧، مجمع الأنهر ٢:٣٤٠، حاشية ردّ المحتار ٥:٦٦٥، اللباب ٢:١٩٦ و١٩٧.

(٢) عرفت ذلك في ص١١٣ ـ ١١٤ و١٢٥.

وهذا أحد موارد اليد، فإنّ اليد في الوديعة وإن كانت غير ضمانية للأمانة، ولكن بالإنكار خرجت عن الائتمان، فجاء الضمان سواء تحقّق عنوان الغصب هنا أم لا؛ إذ ليس مدار الضمان عليه، كما عرفت.

(مادّة: ٩٠٢) لو خرج ملك أحد من يده بانهدام جبل بما عليه... إلى آخره[١].

من الواضح أنّ هذا النوع ونظائره خارج عن باب الغصب ولا دخل له به أصلاً، بل سقوط الأعلى على الأسفل إن كان بقصد من صاحبه فهو إتلاف وضامن للأسفل لا غير، وإن لم يكن بقصد بل ألقته العواصف فهو غير ضامن أصلاً بل قضاء من الله تعالى أوجب ضرر الطرفين، فلا يضمن أحدهما للآخر.

فما أدري أين مورد الضمان في هذا الفرع، بل مقتضي القاعدة أنّ السقوط إذا كان بغير قصد تبقى الأرض العليا ملكاً للأوّل، ولا يغرم الأسفل

---

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٣ بالصيغة التالية:

(لو خرج ملك أحد من يده بلا قصد، مثلاً: لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته يتبع الأقلّ في القيمة الأكثر. يعني: صاحب الأرض التي قيمتها أكثر يضمن لصاحب الأقل ويتملّك الأرض.

مثلاً: لو كان ـ قبل الانهدام ـ قيمة الروضة العليا خمس مائة قرش وقيمة السفلىٰ ألفاً يضمن صاحب الثانية لصاحب الأُولىٰ قيمتها ويتملّكها.

كما إذا سقط من يد أحد لؤلؤ قيمته خمسون قرشاً والتقطته دجاجة قيمتها خمسة فصاحب اللؤلؤ يعطي الخمسة قروش ويأخذ الدجاجة.

انظر المواد: ٢٧ و٢٨ و٢٩).

وكمصدر لهذه المادّة لاحظ الفتاوى الهندية ٥:١٣٣.

له شيئاً، كما لا يغرم الأعلى له شيئاً.

نعم، في مثال اللؤلؤ والدجاجة يتعارض الضرران، ومقتضى قاعدة: (إزالة الأشدّ بالأخفّ والجمع بين الحقّين) أن يغرم صاحب اللؤلؤ لصاحب الدجاجة.

أمّا مع التساوي فإمّا القرعة أو ترجيح الحاكم بمراعاة الجهات الخارجية من فقر وغيره.

وهذا إذا لم يمكن بيعهما وقسمة المال بينهما بالنسبة ولو بذبح الدجاجة وبيعها بعد إخراج اللؤلؤة، وإلّا تعيّن، كما هو واضح.

(مادّة: ٩٠٣) زوائد المغصوب لصاحبه[١].

هذا ممّا لا إشكال فيه عند فقهاء الإمامية أجمع[٢]، بل يضمن حتّى المنافع الاعتبارية التي لا عين لها، كسكنى الدار ولبس الثوب.

أمّا المنافع غير المستوفاة ـ كما لو غصب الدار ولم يسكنها أحد ـ ففيها

---

(١) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٣ ـ هي:

(وإذا استهلكها الغاصب يضمنها.

مثلاً: إذا استهلك الغاصب لبن الحيوان أو فلوه الحاصلين حال وجود المغصوب في يد الغاصب أو ثمر البستان الذي حصل حين وجوده في يد الغاصب ضمنها؛ حيث إنّها أموال المغصوب منه.

كذلك لو اغتصب أحد خليّة العسل مع نحلها واستردّها المغصوب منه يأخذ أيضاً العسل الذي حصل عند الغصب).

قارن: حاشية ردّ المحتار ٦: ٢٠٤، اللباب ٢: ١٩٤ و ١٩٥.

(٢) انظر: المسالك ١٢: ٢١٧، الجواهر ٣٧: ١٦٦.

خلاف وأقوال كثيرة كضمان منافع الحرّ[١].

والحقّ عندنا فيها التفصيل، فإن صدق التفويت ضمن، وإلّا فلا.

ثمّ لا فرق عند أصحابنا في المنافع بين المغصوب مع العين أو المتولّد منها في يد الغاصب[٢]، كما لا فرق في ضمانها على الغاصب بين ما استهلكه أو تلف بغير تعدٍّ ولا تفريط[٣].

ويظهر من (المجلّة) أنّه لا يضمن المنافع المنفصلة إلّا إذا استهلكها، أمّا لو تلفت تلفاً سماوياً فلا ضمان، ومقتضى قاعدة: (اليد وأنّ النماء يتبع الأصل) هو الضمان مطلقاً، فالتفصيل لا وجه له، وهو تفصيل بلا دليل.

كما أنّ قاعدة: (الخراج بالضمان) على مذهب الحنفي من أنّ ضمان العين والمنافع لا يجتمعان يقتضي عدم الفرق في رفع الضمان بين ضمان المنافع المنفصلة والمتّصلة العينية والاعتبارية مع التلف أو الإتلاف.

ولازم هذا لو غصب الدابّة فأولدت فباع الفلو أو استهلكه لا ضمان عليه.

وهو غريب وإباحة لأموال الناس بغير سبب صحيح، ولا أظنّهم يلتزمون به في المنفصلة وإن صرّحوا به في المنافع التي لا عين لها، كسكنى الدار ولبس الثوب وركوب الدابّة[٤].

---

(١) لاحظ: المسالك ١٢: ١٥٩ ـ ١٦٠، الجواهر ٣٧: ٤١ ـ ٤٣.

(٢) راجع الجواهر ٣٧: ١٦٦ ـ ١٦٧.

(٣) انظر المصدر السابق.

(٤) قارن: المبسوط للسرخسي ١١: ٧٨، المغني ٥: ٤١٣ ـ ٤١٤ و٤٣٥، فتح العزيز ١١: ٢٦٢، حاشية ردّ المحتار ٦: ٢٠٤، اللباب ٢: ١٩٤ ـ ١٩٥.

بقي الكلام في المنافع المتّصلة ـ كسمن الدابّة ونحوه ـ لو أتلفها الغاصب أو تلفت عنده، فقد نقلوا عن أبي يوسف والشيباني وعن أبي حنيفة: عدم الضمان[١].

والقول الأوّل أقوى وإن ظهر من بعض أصحابنا عدم الضمان بناءً على أنّ الأوصاف لا تقابل بالأعواض، وهو ـ على إطلاقه ـ محلّ نظر.

أمّا قضية النحل والعسل فالقاعدة الكلّية المطّردة في باب الطيور الأهلية بل وسائر الحيوانات: أنّ صاحب الدار والبستان ونحوها إذا بنىٰ وكراً أو عشّاً للطيور تأوي إليه فقد دخلت في حيازته وصارت هي وبيضها وفراخها ملكاً له، وإذا بنت هي عشّاً لها من القش ونحوه في بعض زوايا داره وأشجار بستانه فصيرورتها في حيازته وملكاً له بمجرّد ذلك محلّ نظر، بل الظاهر بقاؤها على الإباحة يملكها كلّ من صادها. ومن ذلك الحمام والنحل وغيرهما.

فقول (المجلّة): **وكذلك لو اغتصب**... إلى الآخر، يبتني على ما إذا بنىٰ روضة تأوي إليها، لا مطلقاً.

وكذلك ما في:

(مادّة: ٩٠٤) **عسل النحل**... إلى الآخر[٢].

مقيّد بما ذكرنا، والإطلاق غير متّجه، فتدبّر.

---

(١) راجع المصادر المتقدّمة.

(٢) نصّ المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٣ هو:

(عسل النحل التي اتّخذت في روضة أحد مأوىٰ هو لصاحب الروضة، وإذا أخذه واستهلكه غيره يضمن).

الفصل الثاني

في بيان المسائل المتعلّقة بغصب العقار

(مادّة : ٩٠٥) المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب ردّه ...[١] .

هذا الحكم لا يختصّ بالعقار، بل كلّ عين مغصوبة يلزم ردّها.

وفي التعبير بنقصان القيمة تسامح، بل الأولى أن يقال: لو نقصت القيمة لنقصان العين، أمّا نقصان القيمة السوقية ـ مع بقاء العين على حالها ـ فقد عرفت أنّ الأشهر بل لعلّ الاتّفاق على عدم ضمانها[٢] .

(مادّة : ٩٠٦) إن كان المغصوب أرضاً وأشاد الغاصب عليها بناءً أو غرس أشجاراً ...[٣] .

---

(١) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٣ ـ ١٠٤ هو :

(المغصوب إذا كان عقاراً يلزم الغاصب ردّه إلىٰ صاحبه بدون تغييره وتنقيصه ، وإذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن نقصان قيمته .

مثلاً: لو هدم أحد محلاً من الدار التي غصبها أو انهدم بسبب سكناه وطرأ على قيمتها نقصان يضمن مقدار النقصان .

كذلك لو احترقت الدار من النار التي أوقدها الغاصب يضمن قيمتها مبنية) .

قارن : تبيين الحقائق ٥ :٢٢٩ ، الفتاوى الهندية ٥ :١٢٩ ، تكملة البحر الرائق ٨ :١١١ ، حاشية ردّ المحتار ٦ :١٨٧ و١٩٦ ، اللباب ٢ :١٨٩ .

(٢) عرفت ذلك في ص١٥٧ .

(٣) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٤ هو :

←

هذه أيضاً عامّة في كلّ مغصوب أحدث الغاصب زيادة فيه.

وبالجملة: فإنّ العقار لا يختلف عن غيره من الأعيان من حيث الحكم.

نعم، يختلف عنها في بعض جهات الموضوع، فإنّ الأرض ـ مثلاً ـ لايمكن أن يعرضها التلف الحقيقي أصلاً، بل يعرضها التلف الحكمي، كما لو غمرتها المياه أو انقطع عنها الماء فلا يمكن الانتفاع بها أو صارت سباخاً لا تصلح للزرع وأمثال ذلك.

وهذا لا يفرده عن غيره من الأعيان التالفة حكماً، بل الحكم في الجميع واحد، وهو الرجوع عند التلف الحكمي إلى المثل أو القيمة.

والغالب في الأراضي أنّها قيمية كالحيوان.

فالعقار كغيره يجري فيه الغصب وتلحقه أحكامه.

← (إذا كان المغصوب أرضاً وكان الغاصب أنشأ عليه بناءً أو غرس فيها أشجاراً يؤمر الغاصب بقلعها.

وإذا كان القلع مضرّاً بالأرض فللمغصوب منه أن يعطي قيمته مستحقّ القلع ويضبط الأرض.

ولو كانت قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض وكان قد أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذٍ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويتملّكها.

مثلاً لو أنشأ أحد على العرصة الموروثة له من والده بناءً بمصرف أزيد من قيمة العرصة ثمّ ظهر لها مستحقّ فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها).

انظر: الفتاوى الهندية ٥:١٤٣، تكملة البحر الرائق ٨:١١١ و١١٧، حاشية ردّ المحتار ٦:١٩٤، اللباب ٢: ١٩٢ ـ ١٩٣.

ولكن حكى بعض الشرّاح عن الشيخين، وأحسبه يعني: أبا حنيفة وأبا يوسف: عدم جريان الغصب فيه[١]، وصار عندهم من القواعد المقرّرة: أنّ العقار لا يغصب؛ لأنّه لا ينقل ولا يحوّل من مكانه، فلا تزال اليد فيه كالأعيان التي تؤخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في العين.

أمّا العقارات فتؤخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في الملك.

إلى أن قال: (لذلك إذا أبعد رجل آخر من داره أو منعه من دخولها وتلفت لا يضمن.

وكأنّ (المجلّة) جرت على ذلك بقولها:

وإذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن [نقصان] قيمته[٢].

فإنّ التقييد بفعل الغاصب إشارة إلى أنّ الضمان ضمان إتلاف لا ضمان يد وغصب، فلو تلفت تلفاً سماوياً لم يضمن)[٣].

ولا أظنّ أنّ وهن هذا الكلام يخفى على ذي مسكة[٤]!

وليت شعري من الذي اشترط في حقيقة الغصب النقل والتحويل؟!

---

(١) لاحظ: شرح المجلّة لسليم اللبناني ١: ٥٠٠ ـ ٥٠١، درر الحكّام ٢: ٥٠٩.

(٢) وذلك في: (مادّة: ٩٠٥).

(٣) لم نعثر ـ فيما بأيدينا من شروح (المجلّة) على هكذا نصّ، ولكن قريب منه ما في شرح المجلّة السليم اللبناني ١: ٥٠١.

(٤) المُسكة: العقل. (لسان العرب ١٣: ١٠٨).

وهل الغصب إلّا الاستيلاء كما قلنا[١]؟! أو أخذ مال الغير وضبطه بدون إذنه، كما ذكرته (المجلّة) في صدر كتاب الغصب[٢]؟!

وأيّ أخذ أقوى من الاستيلاء على أرض الغير ومنع المالك من التصرّف فيها؟!

وبالجملة: فهذا القول ـ أعني: عدم ضمان العقار بالتلف ـ ثفل[٣] لا عصارة له وشبح لا روح فيه!

وخالفهم في ذلك الشافعي والشيباني[٤]، وصارا إلى ما هو الحقّ عندنا من التحقيق[٥].

والغريب أنّ القائلين: بأنّ العقار لا يغصب ـ أيّ: لا يضمن ـ استثنوا من ذلك موارد منها: عقار الوقف، وعقار اليتيم، والعقار المستعدّ للاستغلال[٦].

---

(١) تقدّم ذلك في ص١١٣ و١١٤.

(٢) وذلك في: (مادّة: ٨٨١).

(٣) الثُفل: ما سفل من كلّ شيء، أو ما يركد في الإناء. (الصحاح ٤:١٦٤٦).

(٤) وكذلك مالك، ومعظم فقهاء الحنابلة، ومحمّد بن الحسن، وهو أحد قولي أبي يوسف.
بينما القول الآخر هو لأبي يوسف في أحد قوليه، ولأبي حنيفة، ولبعض فقهاء الحنابلة، وللهادي وأبي طالب من الزيدية.
قارن: المبسوط للسرخسي ١١:٧٣، النتف في الفتاوى ٢:٧٣٣ ـ ٧٣٤، بداية المجتهد ٢:٣١٥، المغني ٥:٣٧٨، فتح العزيز ١١:٢٥١، المجموع ١٤:٢٣٢ و٢٥٨، تبيين الحقائق ٥:٢٢٤، البحر الزخّار ٥:١٧٦ و١٧٧، الإنصاف ٦:١١٥، تكملة البحر الرائق ٨:١١١، حاشية ردّ المحتار ٦:١٨٦، اللباب ٢:١٨٩.

(٥) راجع: الخلاف ٣:٤٠٥، الجواهر ٣٧:١٩.

(٦) لاحظ حاشية ردّ المحتار ٦:١٨٦ و٢٠٦ و٢٠٧.

وكلّ هذه الأُمور المستثنى والمستثنى منه أحكام كيفية، ما أنزل الله بها من سلطان، ولا تستند إلى دليل!

فإن كان العقار لا يتحقّق فيه الغصب بطبيعته ولا يتعلّق به ضمان اليد، فما معنى استثناء هذه الأُمور؟ ولماذا يجب الضمان فيه دون غيرها؟ فانظر واعجب!

ثمّ إنّهم ذكروا في ثمرة الخلاف في الضمان وعدمه أمرين[1]:

زوائد المغصوب، فإنّها مضمونة عند الشافعي، وغير مضمونة عند الحنفي[2].

وما لو باع الغاصب الدار ثمّ أقرّ بأنّها غصب، ولم يتمكّن المغصوب منه المقرّ له من إقامة البيّنة على أنّها له، [فـ] لا يضمن الغاصب المقرّ شيئاً، ولا يؤخذ بإقراره.

وهذا لو تمّ فليس هو من جهة أنّ العقار لا يغصب، ولكن من جهة أنّ

---

(١) انظر درر الحكّام ٢: ٥٠٧.

(٢) زوائد المغصوب مضمونة عند الشافعية والحنابلة والشيباني.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا تضمن.

وفصّل المالكية في الأرجع عندهم ـ في نوع الزيادة، فقالوا: إذا كانت الزيادة التي بفعل الله متّصلة ـ كالسمن والكبر ـ فلا تكون مضمونة على الغاصب، وأمّا إذا كانت الزيادة منفصلة ـ كاللبن والصوف والثمار ـ فهي مضمونة على الغاصب إن تلفت أو استهلكت، ويجب ردّها مع المغصوب الأصلي على صاحبها.

راجع: المهذّب للشيرازي ١: ٣٧٠، الهداية للمرغيناني ٤: ١٩، المغني ٥: ٣٩٩ وما بعدها، الاختيار ٣: ٦٤، مجمع الأنهر ٢: ٤٥٥، الفتاوى الهندية ٥: ١٢٧، الشرح الصغير للدردير ٣: ٥٩٦، اللباب ٢: ١٩٤.

الإقرار بعد البيع يشبه أن يكون إقراراً في حقّ الغير أو في مال الغير، فيلغو ويحتاج إلى البيّنة.

أمّا قول (المجلّة): **وإن كان القلع مضرّاً ضرراً فاحشاً فللمغصوب منه أن يعطي قيمة مستحقّ القلع ويضبطه.**

• ففيه: أنّ فاحش الضرر ليس له هنا أثر؛ فإنّ المغصوب منه يجوز له دفع قيمة الغرس أو البناء سواء كان في قلعها ضرر أم لا، وسواء كان الضرر فاحشاً أو غير فاحش، ولكن برضا الغاصب، فإن تراضيا فهو، وإلّا فلا حقّ لأحدهما أن يجبر الآخر على أخذ القيمة من ماله، فتدبّره.

وحيث اتّضح أنّ سبب الضمان في الغصب هو قاعدة اليد وهي لا تناط بعلم ولا جهل وإنّما أثر العلم هو الحرمة التكليفية لا غير، إذاً فلا وجه لقول (المجلّة) هنا: **ولكن لو كانت الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض**... إلى الآخر.

فإنّ زعم السبب الشرعي وتخيّل أنّ الأرض له أو لمورّثه لا يغيّر الحكم الواقعي، والأحكام الوضعية ثابتة في عامّة الأحوال.

فلو قطع إنسان بأنّ هذا الثوب ملكه فلبسه حتّى أبلاه ثمّ ظهر أنّه لغيره ضمنه، كما لو كان عالماً.

ولو بنىٰ في عرصة الغير أو غرس غرساً يلزم عليه قلعه وتسليم العرصة لصاحبها خالية كما كانت، سواء كان الغرس أزيد من قيمة الأرض أو أقلّ، إلّا أن يتراضيا.

أمّا إلزام الباني غاصباً كان أو مشتبهاً، أي: عالماً كان أو جاهلاً لصاحب

الأرض بأخذ القيمة، فهو حكم جزافي ومخالف لعامّة الأُصول والقواعد أيضاً.

ولا مجال هنا لقاعدة الضرر؛ لأنّه هو الذي أضرّ نفسه ولو بجهله.

بل لو استوجب القلع نقصاً في قيمة الأرض لزمه التدارك لصاحب الأرض، كما نبّهت (المجلّة) عليه في:

(مادّة: ٩٠٧) لو غصب أحد عرصة آخر...[١].

أمّا قولها: **وكذلك لو زرع أحد مستقلاً العرصة...** فحقّ التغيير لفظاً ومعنىً أن تقول: لو زرع الشريك الأرض المشتركة بدون إذن شريكه فالزرع للزارع، ويضمن لشريكه أُجرة الأرض مع قيمة نقصانها لو نقصت.

ولا يختلف الحال بين كون الشريك حاضراً أو غائباً، وسواء أخذ حصّته من الأرض بالقسمة أو بقيت مشاعة، وجميع تلك القيود مستدركة.

(مادّة: ٩٠٨) إذا كرب أحد...[٢].

---

(١) النصّ الكامل لهذه المادّة ـ كما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٤ ـ هو:

(لو غصب أحد عرصة آخر وزرعها ثمّ استردّها صاحبها يضمّنه نقصان الأرض الذي يترتّب على زراعته.

كذلك لو زرع أحد مستقلاً العرصة التي يملكها مشتركاً مع آخر بلا إذنه فبعد أخذ حصّته من العرصة يضمّنه نقصان حصّته من الأرض الذي ترتّب على زراعته).

قارن: بدائع الصنائع ١٠:٧٧، الفتاوى الهندية ٥:١٤٣ و ١٤٤، تكملة البحر الرائق ٨:١١٧.

(٢) نصّ المادّة ـ كما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٤ ـ هو:

(إذا كرب أحد أرض آخر غصباً ثمّ استردّها صاحبها فليس للغاصب مطالبة أُجرة في

←

تقدّم أنّ كلّ عمل يعمله الغاصب في العين المغصوبة فإن نقصت به قيمة العين ضمن النقيصة، وإلّا فلا له ولا عليه، سواء زادت القيمة أم لا.

(مادّة: ٩٠٩)[1] واضحة.

← مقابلة الكراب).

لاحظ تكملة البحر الرائق ٨:١١٢.

(١) نصّ المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٤ ـ هو:

(لو شغل أحد عرصة آخر بوضع كناسة أو غيرها فيها يجبر على رفع ما وضعه وتخلية العرصة).

لاحظ تكملة البحر الرائق ٨:١١٧.

الفصل الثالث

في بيان حكم غاصب الغاصب

(مادّة : ٩١٠) غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب[١].

هذا باب توارد الأيادي على العين الواحدة.

ومن المتّفق عليه ـ كما لعلّه سبق ـ أنّ المالك مخيّر في الرجوع على أيّهم شاء[٢]، ولكن لو رجع على من تلفت العين في يده لم يكن له رجوع على غيره ممّن وقعت العين في يده.

أمّا لو رجع على غيره منهم كان له الرجوع على الذي تلفت عنده؛ لأنّ قرار الضمان عليه.

---

(١) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ كما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٤ ـ هي:

(فإذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخيّر إن شاء ضمّنه الغاصب الأوّل، وإن شاء ضمّنه الغاصب الثاني، وله أن يضمّن مقداراً منه الأوّل والمقدار الآخر الثاني.

وبتقدير تضمينه الغاصب الأوّل فهو يرجع على الثاني، وأمّا إذا ضمّنه الثاني فليس للثاني أن يرجع على الأوّل).

قارن: مجمع الأنهر ٢:٤٦٣، الفتاوى الهندية ٥:١٤٦، حاشية ردّ المحتار ٦:١٩٧.

(٢) ادّعي الإجماع عليه في مجمع الفائدة ١٠:٥١٦ ـ ٥١٧.

ولاحظ: البحر الزخّار ٥:١٧٩، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٣:١١٤، الجواهر ٣٧:٣٣.

ومن أحكام توارد الأيادي: أنّه ليس لمن أخذ العين من الغاصب أن يردّها عليه، ولو ردّها عليه فعل حراماً ولم يبرأ من الضمان، بل للمالك أن يرجع عليه ويطالبه بها. غايته أنّ له حقّ الرجوع على الغاصب الذي دفع له العين.

ولو تلفت كان للمالك الرجوع عليه وعلى غيره مخيّراً بينهم، وقرار الضمان على من كان التلف عنده.

ومن هنا ظهر عدم صحّة:

(مادّة: ٩١١) إذا ردّ غاصب الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأوّل يبرأ وحده، وإذا ردّه إلى المغصوب منه يبرأ هو والأوّل(١).

فإنّه إذا ردّها إلى الغاصب الأوّل لا يبرأ هو ولا الغاصب الأوّل، بل يلزمه ردّها إلى المالك أو وكيله، وإلّا فإلى حاكم الشرع بعد تعذّر ذلك.

---

(١) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٤.

قارن: مجمع الأنهر ٢:٤٦٣، الفتاوى الهندية ٥:١٤٦، حاشية ردّ المحتار ٦:١٩٧.

الباب الثاني

في بيان الإئتلاف

ويحتوي على أربعة فصول

الفصل الأوّل

في مباشرة الإتلاف

(مادّة: ٩١٢) إذا أتلف أحد مال غيره الذي هو في يده أو في يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن(١).

عرفت ـ فيما سبق(٢) ـ أنّ أسباب الضمان ـ أعني: كون مال شخص في عهدة آخر ـ كثيرة:

أوّلها وأقواها: وضع اليد على مال الغير، أي: الاستيلاء عليه بغير إذن الشارع ولا المالك، والغصب أحد فروع اليد.

والثاني: ـ من أسباب الضمان ـ: الإتلاف، أي: إتلاف شخص مال

---

(١) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٥ ـ هي:

(وأمّا إذا أتلف أحد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمّنه الغاصب، وهو يرجع على المتلف، وإن شاء ضمّنه المتلف، وفي هذه الصورة ليس للمتلف الرجوع على الغاصب).

وهذا المذكور في المادّة هو رأي الحنفية والمالكية والحنابلة.

أمّا الشافعية فذهبوا إلى: أنّ الأصل تضمين المتلف، إلّا إذا كان الإتلاف لمصلحة الغاصب، كأن قال له: اذبح هذه الشاة لي، أو أفهمه أنّ المتلف ملك له.

راجع: بدائع الصانع ١٠: ٩، المغني ٥: ٤١٤، الفتاوى الهندية ٥: ١٢٩ و١٤٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٤٥٢.

(٢) سبق في ج١ ص٢٤٩ ـ ٢٥٢، وفي هذا الجزء ص١١٤.

غيره بغير إذنه.

وهذا القيد كان يلزم على (المجلّة) ذكره.

أمّا قيد: (**الذي في يده أو في يد أمينه**) فهو مستدرك، بل يلزم حذفه، فإنّ إتلاف مال الغير سواء كان في يده ـ أي: يد الغير ـ أو في يد أمينه أو لم يكن في يد أحدهما أو لا يد عليه لأحد كالضائع أو في يد الغاصب، كلّ ذلك مضمون على المتلف، إلّا إذا أُتلف بإذن المالك.

ومن هنا يتّضح لك أنّ النسبة بين اليد الموجبة للضمان والإتلاف الموجب له عموم من وجه يجتمعان في الغاصب إذا أتلف، وتنفكّ اليد عن الإتلاف في التلف السماوي، وينفكّ عنها فيما لو أتلف مال الغير وهو في يده أو في يد آخر غصباً أو غير غاصب، فالمتلف ضامن وعليه قرار الضمان وإن كان المال في يد الغاصب.

ثمّ إنّ الإتلاف عند الفقهاء نوعان: مباشرة وتسبيب. فالأوّل كأكل الطعام، والثاني كحفر البئر[1].

ولكن يظهر بأدنى تأمّل أنّ جميع أنواع الإتلاف تسبيب. غايته أنّ السبب تارة قريب فيسمّى: مباشرة، كالمثال الأوّل، وبعيد فيسمّى: تسبيب، كالثاني.

وعلى كلّ حال، فالجميع موجب للضمان، والملاك صحّة إسناد الإتلاف إليه عرفاً.

---

(١) لاحظ: المسالك ١٢:١٦٢، مجمع الفائدة ١٠:٤٩٥ ـ ٤٩٦، الجواهر ٣٧:٤٦، حيث ادّعىٰ النجفي في الأخير عدم الخلاف فيه بين المسلمين.

ولذا قالوا: إنّ المباشر أقوى من السبب، إلّا في مواضع، فإنّ السبب يكون أقوى[١]، وذلك لضعف إسناد الفعل إلى المباشر وقوّة إسناده إلى السبب، فالأمر يدور مدار صحّة الإسناد وقوّته.

ومن الأُصول المقرّرة في الإتلاف عدم الفرق بين القصد وعدم القصد والعلم والجهل والبلوغ وعدم البلوغ والعقل والجنون، كما هو شأن عامّة الأحكام الوضعية.

كلّ ذلك لعموم الدليل، وهو: (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) سواء كانت قاعدة فقهية أو حديثاً نبوياً.

نعم، يعتبر عدم الإكراه. فلو كان مكرهاً لم يكن عليه ضمان، بل الضمان على المكرِه ـ بالكسر ـ لأنّ السبب هنا أقوى من المباشر.

ومثله: الصبي غير المميّز لو أمره الكبير، فإنّ الصغير حينئذٍ كالآلة لا ضمان عليه والسبب أقوى وعليه الضمان.

وممّا يتفرّع على الضمان مع عدم القصد والعمد ما ذكرته (المجلّة) في:

(مادّة: ٩١٣) إذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن[٢].

---

(١) راجع: المبسوط للسرخسي ٢٤:٧٣، المنثور في القواعد ١:١٣٣، المسالك ١٢:١٦٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٨٧، مجمع الفائدة ١٠:٥٠١، مغني المحتاج ٢:٢٧٨، مجامع الحقائق ٣٦٧، الجواهر ٣٧:٥٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤٥٢.
ولملاحظة مواضع الاستثناء في أقوائية المباشر من السبب انظر الجواهر ٣٧:٥٦ وما بعدها.

(٢) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٥.
وللمقارنة راجع مصادر (مادّة: ٩١٢).

و(مادّة: ٩١٤) إذا أتلف أحد مال غيره...[١].

ومن قبيل العمد:

(مادّة: ٩١٥)[٢].

أمّا قولها: **(ولو تشبّث بها وانشقّت يجرّ صاحبها ضمن نصف القيمة)** فيمكن منعه؛ ضرورة أنّ السبب هنا أقوى من المباشر.

وفي الحقيقة أنّ تمام السبب هو التشبّث، ولولاه لما حصل الجرّ الموجب للشقّ.

وكذلك بل أوضح منه: ما لو جلس أحد على أذيال ثياب ونهض صاحبها، فإنّ عدم علم صاحبها بجلوس الآخر يسقط نسبة الفعل إليه، ويصحّح نسبة الفعل تماماً إلى الجالس على الثياب.

أمّا الذي نهض وهو لا يعلم فهو ـ وفي هذا المقام ـ كالآلة الصمّاء، وهو من أظهر فروع قاعدة: (السبب أقوى من المباشر) فما وجه سقوط

---

(١) تكملة المادّة ـ على ما في المصدر السابق ـ هي:
(ظاناً أنّه ماله يضمن).

(٢) صيغة هذه المادّة ـ كما في المصدر السابق ـ هي:
(لو جرّ أحد ثياب غيره وشقّها يضمن قيمتها كاملة. وأمّا لو تشبث بها وانشقّت بجرّ صاحبها يضمن نصف القيمة.
كذلك لو جلس أحد على أذيال ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقّت يضمن ذلك الشخص نصف قيمتها).
قارن: الفتاوى الهندية ٥: ١٣٢ و١٥٣، حاشية ردّ المحتار ٥: ٢١٦.

نصف القيمة عنه والتلف مستند إليه تماماً؟!

(مادّة: ٩١٦) إذا أتلف صبي مال غيره...[١].

واضحة، كوضوح:

(مادّة: ٩١٧) لو أطرأ أحد على مال غيره كالحانوت والخان...[٢].

(مادّة: ٩١٨) إذا هدم أحد عقار غيره بدون حقٍّ فصاحبه مخيّر إن شاء ترك...[٣].

يمكن الخدشة فيها، فإنّ ذلك الهدم إن كان بحيث يعدّ في نظر العرف تلفاً وإتلافاً للحانوت أو الخان فاللازم المثل أو القيمة، وإن كان نقصاً تعيّن أخذ الأرش، ولا وجه للتخيير.

نعم، لا إشكال في صحّة قول (المجلّة): **ولكن إذا بناه الغاصب**

---

(١) تكملة المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٥ ـ هي:

(يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسره، ولا يضمن وليّه).

انظر: الفتاوى الهندية ٥:١٣١ و١٣٢، حاشية ردّ المحتار ٦:٢١٤.

(٢) نصّ هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٥ ـ هو:

(لو أورث أحد مالاً لآخر نقصاناً في قيمته يضمن ذلك النقصان).

راجع الفتاوى الهندية ٥:١٣١.

(٣) نصّ هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٥ ـ هو:

(إذا هدم أحد عقار غيره ـ كالحانوت والدار ـ بغير حقٍّ فصاحبه بالخيار إن شاء ترك أنقاضه للهادم وضمّنه قيمته مبنياً، وإن شاء حطّ من قيمته مبنياً قيمة الأنقاض وضمّنه القيمة الباقية وأخذ هو الأنقاض. ولكن إذا بناه الغاصب كالأوّل يبرأ من الضمان).

لاحظ الفتاوى الهندية ٥: ١٣١.

كالأوّل فيبرأ من الضمان.

(مادّة : ٩١٩) لو هدم أحد داراً بلا إذن لأجل وقوع حريق في المحلّة وانقطع هناك الحريق، فإن كان الهادم هدمها بأمر أُولي الأمر لا يلزم الضمان، وإلّا لزم الضمان[١].

هذا من موارد قاعدة: (وجوب دفع الأشدّ بالاخفّ) التي مرّ ذكرها في القواعد العامّة في (الجزء الأوّل)[٢].

فإنّ هدم الدار التي نشأ فيها الحريق خوف السراية إلى دور أُخرى واجب كفائي على كلّ من شاهد النار وبالأخصّ على أهل الدار التي فيها الحريق، فإن لم يفعلوا فعلى الدور الأُخرى.

وإذا هدمها أُولئك لدفع الضرر عنهم ـ لأنّه ضرر أعظم من ضرر صاحب الدار ـ لاضمان عليهم؛ لأنّ إتلافها للدار كان بإذن شرعي.

ويمكن المناقشة: بأنّ القدر المتيّقن أنّهم مأذونون بالهدم، أمّا أنّ الإذن بغير ضمان فغير معلوم، فلعلّه من قبيل أكل مال الغير عند المخمصة، فإنّ الجائع الذي يخاف على نفسه التلف مأذون بالأكل، ولكن مع دفع القيمة إلى المالك، فلماذا لا يكون الحال هنا من هذا القبيل ؟!

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٥ وردت المادّة بهذه الصيغة:

(لو هدم أحد داراً بلا إذن صاحبها بسبب وقوع حريق في الحي وانقطع هناك الحريق فإن كان قد هدمها بأمر ولي الأمر لا يلزم الضمان، وإن كان قد هدمها بنفسه يلزم الضمان).

لاحظ الفتاوى الهندية ٥ : ١٥٢.

(٢) مرّ ذلك في ج١ ص١٤٦.

بل قاعدة: (احترام مال المسلم) تقتضي ذلك.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه هنا هو في معرض التلف فلا حرمة له، أو إنّ المتلف هنا محسن، ﴿وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[1].

والمسألة محتاجة إلى تأمّل، فليتأمّل.

(مادّة: ٩٢٠) لو قطع أحد الأثمار التي في روضة غيره...[2].

فيها من الكلام نظير ما مرّ في: **(مادّة: ٩١٨)**.

(مادّة: ٩٢١)[3] واضحة.

---

(١) سورة التوبة ٩: ٩١.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٥ ـ ١٠٦ وردت المادّة بصيغة:

(لو قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بغير حقٍّ فصاحبها مخيّر إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة وترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وإن شاء حطّ من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة.

مثلاً: لو كانت قيمة الروضة حال كون الأشجار المقطوعة قائمة عشرة آلاف وبلا أشجار خمسة آلاف وقيمة الأشجار ألفين، فصاحبها بالخيار إن شاء ترك الأشجار المقطوعة للقطع وأخذ خمسة آلاف، وإن شاء أخذ ثلاثة آلاف والأشجار المقطوعة).

انظر الفتاوى الهندية ٥:١٣٧ و١٥٠.

(٣) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٦ وردت المادّة بالصيغة الآتية:

(ليس للمظلوم أن يظلم آخر بسبب كونه قد ظلم.

مثلاً: لو أتلف أحد مال آخر فقابله بإتلاف ماله يكون الاثنان ضامنين.

كذلك لو أتلف أحد من قبيلة مال آخر من قبيلة أُخرى فأتلف هذا أيضاً مال ذاك يضمن كلاهما المال الذي أتلفاه.

كما أنّه لو انخدع أحد فأخذ دراهم زائفة من أحد فليس له أن ينقدها غيره).

الفصل الثاني

في بيان الإتلاف تسبيباً

(مادّة: ٩٢٢)[١].

وهذا أيضاً واضح وإن نسب إلى بعض فقهاء الجمهور: أنّه لا يضمن بمجرّد فتح الباب، إلّا إذا صاح بالدابّة لتخرج أو صفّر للطائر كي يطير[٢].

وهو متّجه إذا كان من شأنها وعادتها أن لا تخرج إلّا بذلك وأنّها بفتح

---

(١) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٦:

(لو أُتلف أحد مال الآخر وأنقص قيمته تسبّباً ـ يعني: لو كان سبباً مفضياً لإتلاف مال أو نقصان قيمته ـ يكون ضامناً.

مثلاً: إذا تمسّك أحد بثياب آخر وحال مجاذبتهما سقط ممّا عليه شيء أو تعيّب يكون المتمسّك ضامناً.

وكذلك لو سدّ أحد ماء أرض لآخر أو روضته ويبست مزروعاته ومغروساته وتلفت أو أفاض الماء زيادة وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامناً.

وكذا لو فتح أحد باب إصطبل لآخر وفرّت حيواناته أو ضاعت أو فتح باب قفص وفرّ الطير الذي كان فيه يكون ضامناً).

وكمصدر لهذه المادّة قارن: الفتاوى الخانية ٣:٢٤٦، المغني ٥:٤٤٩، المجموع ١٤:٢٨٨، كشّاف القناع ٤:١١٧، الشرح الصغير للدردير ٣:٥٨٧.

(٢) نسبه الطوسي لأبي حنيفة في الخلاف ٣:٤١١، ونسبه علي حيدر لأبي يوسف في درر الحكّام ٢:٥٤٧.

وهو قول للشافعية في المسألة.

راجع: الفتاوى الخانية ٣:٢٤٦ ـ ٢٤٧، المجموع ١٤:٢٨٦ و٢٨٨.

الباب لا تخرج.

ولو اجتمع السببان يضمن بأقواهما.

فلو فتح الباب رجل وحلّ قيد الدابّة آخر فشردت يضمن فاتح الباب؛ لأنّ بحلّ القيد مع بقاء الباب مغلقاً لا تستطيع الدابّة الفرار.

كذا قيل[١].

وهذا يختلف أيضاً، فقد يتّفق أنّ حلّ القيد أقوى في تحقّق فرارها، كما لو كان طائراً وفتح القفص، أو كانت دابّة قوّية فتكسّر الباب بعد حلّ القيد، فليس هنا قاعدة كلّية، بل المرجع إلى الخصوصيات المقامية بنظر العرف وحكم الحاكم.

(مادّة: ٩٢٣) لو جفلت[٢] دابّة أحد...[٣].

قد يظنّ أنّ مستند هذا كون القصد والعمدية شرطاً في الضمان بالسبب، فلو حصل التلف بغير قصد من المسبّب لم يلزم الضمان.

فلو جفلت الدابّة بمرور شخص من غير قصد لم يضمن، ولو قصد

---

(١) قاله علي حيدر في درر الحكّام ٢:٥٤٧.

(٢) كلّ هارب من شيء فقد أجفل عنه. (جمهرة اللغة ١:٤٨٧).

(٣) تكملة المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٦ ـ هي:

(من الآخر وفرّت فضاعت لا يلزم الضمان. وأمّا إذا كان قد أجفلها قصداً يضمن.

وكذا إذا جفلت الدابّة من صوت البندقية التي رماها الصيّاد بقصد الصيد فوقعت وتلفت أو انكسر أحد أعضائها لا يلزم الضمان، أمّا إذا رمى البندقية بقصد إجفالها يضمن. راجع: مادّة:١٩٣).

انظر: الفتاوى الهندية ٥:١٢٩، حاشية ردّ المحتار ٦:٦٠٨.

بمروره أن تجفل أو صاح بها فأجفلها ضمن.

وهذا ـ أعني: اعتبار القصد ـ غير مطرّد، ففي كثير من الموارد يحكمون بضمان السبب وإن لم يكن هناك قصد، كما في:

(مادّة: ٩٢٤) يشترط التعدّي في كون التسبّب موجباً للضمان على ما ذكر آنفاً.

يعني: ضمان المسبّب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حقٍّ.

مثلاً: لو حفر أحد في الطريق العامّ بئراً بلا إذن أُولي الأمر وسقطت فيه دابّة لآخر وتلفت يضمن. وأمّا لو سقطت الدابّة في بئر كان قد حفره في ملكه وتلفت لا يضمن[1].

فإن وقوع الدابّة لم يكن مقصود الحافر في الصورة الأُولىٰ قطعاً، ومع ذلك يحكمون بضمانه.

وأوضح منه ما سيأتي في:

(مادّة: ٩٢٦) من وقوع الحمل من ظهر الحمّال على مال الغير فيتلفه، فقد حكمت (المجلّة) بالضمان[2]، وهو غير قاصد قطعاً وغير مباشر ضرورة. فالمدار ما ذكرناه من مراجعة الحاكم في القضايا الشخصية،

---

(١) ورد: (ولي) بدل: (أُولي)، و: (وقعت) بدل: (سقطت) في الموضعين، و: (حفرها) بدل: (حفره) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٦.

قارن: تكملة البحر الرائق ٨:٣٤٧، حاشية ردّ المحتار ٦:٥٩٤.

(٢) سيأتي في ص١٨٧ ـ ١٨٨.

فيرجع فيها إلى العرف والذوق والوجدان، ويستنبط حكمها من الأدلّة.

وهذه الموارد من الأُمور الصعبة جدّاً ومن مزالق الأفهام لا الأقدام.

ومن هنا صار منصب القضاء والحكم من أهمّ المناصب، والقاضي على شفا، أيما إلى جنّة، أيما إلى نار[١]، و«من قضى فقد ذبح بغير سكّين»[٢] - بالبناء للفاعل أو المفعول - نسأله تعالى السداد وأن يمدّنا بلطف منه وتوفيق.

نعم، لا إشكال في أنّ العمل الذي يترتّب عليه تلف مال الغير إذا كان مشروعاً ولا تعدّي فيه ولم يقصد به الإتلاف لا يكون موجباً للضمان.

---

(١) الوارد في الوسائل آداب القاضي ٢: ٣ و١٢: ٢ (٢٧: ٢١٤ و٢٢٨) قول النبي صلّى الله عليه وآله: «لسان القاضي بين جمرتين من نار، حتّى يقضي بين الناس، فإمّا إلى الجنّة، وإمّا إلى النار».

(٢) انظر: مسند أحمد ٢: ٣٦٥، سنن ابن ماجة ٢: ٧٧٤، سنن أبي داود ٤: ٢٩٩، سنن الترمذي ٣: ٦١٤، سنن الدارقطني ٤: ٢٠٤، المستدرك للحاكم ٤: ١٠٣، شرح السنّة للبغوي ٦: ٧١، العلل المتناهية ٢: ٧٥٦، نصب الراية ٤: ٦٤، تلخيص الحبير ٤: ١٨٤.

قال العسقلاني في تلخيص الحبير (٤: ١٨٤): (وأعلّه [أي: الحديث] ابن الجوزي، فقال: هذا الحديث لا يصحّ، وليس كما قال، وكفاه قوّة تخريج النسائي له).

وقال البغوي في شرح السنّة (٦: ٧١ - ٧٢) ما نصّه: (قال أبو سليمان الخطّابي: معنىٰ هذا الكلام التحذير عن طلب القضاء.

وقوله: «بغير سكّين» يحتمل وجهين من التأويل:

أحدهما: أنّ الذبح إنّما يكون في ظاهر العرف، وغالب العادة بالسكّين، فعدل به رسول الله صلّى الله عليه وآله عن سنن العادة إلى غيرها ليُعلم أنّ الذي أراده بهذا القول إنّما هو ما يخاف عليه من هلاك دينه دون هلاك بدنه.

والوجه الآخر: أنّ الذبح الوحي الذي يقع به إراحة الذبيحة وخلاصها من طول الألم إنّما يكون بالسكّين، وإذا ذبح بغير السكّين كان خنقاً وتعذيباً، فضرب المثل بذلك ليكون أبلغ في الحذر من الوقوع فيه).

ولاحظ أعلام السنن للخطّابي ٢: ٨٨٢.

فلو هدم إنسان جدار داره فانهدم جدار الجار لا يضمن؛ لأنّه فعل مشروع لم يقصد به الإتلاف.

وكذا إذا أوقد شخص في سطح داره ناراً ولكن بقدر المعتاد، فاتّفق أن أطارت الريح شرارة إلى الجار، فأحرقت شيئاً منه، لايضمن.

نعم، لو كان زائداً على المتعارف فهو ضامن وإن لم يقصده.

وهذا ممّا يدلّ على عدم اعتبار القصد في الضمان.

وبهذا الملاك قضية ضمان الحمّال، فإنّه فعل مشروع ولم يقصد به الإتلاف قطعاً، ومع ذلك فقد حكموا عليه بالضمان، كما سيأتي[١].

(مادّة: ٩٢٥) لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً ...[٢].

وهذا واضح، فإنّ الأصل في المباشر أن يكون أقوى من السبب وإليه يسند الفعل وعليه يكون الضمان.

ولذا لو أمر إنسان غيره بقتل شخص فقتله فالدية أو القصاص على القاتل، لا على الآمر وإن كان لم يقتله إلّا امتثالاً لذلك الآمر.

نعم، يتّفق كثيراً أن يكون السبب أقوى من المباشر، ولكنّ الأصل والأكثر هو العكس.

---

(١) سيأتي في ص١٨٧ ـ ١٨٨.

(٢) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٦ هكذا:

(لتلف شيء فحلّ في ذلك الشيء فعل اختياري، يعني: أنّ شخصاً آخر أتلف ذلك الشيء مباشرة يكون ذلك المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً. راجع المادّة: ٩٠).

انظر الفتاوى الهندية ٥:١٤٢ و١٥٠.

الفصل الثالث

فيما يحدث في الطريق العامّ

الطريق العامّ هو: الجادة التي يسلكها الناس جميعاً من غير اختصاص سواء كانت في الصحاري والمفارز أو في المدن والقرى أو في الغياض[١] والغابات أو في الجبال والمغارات.

فتخصيص بعضهم لها بطرق المدن والقرى[٢] لا وجه له.

(مادّة: ٩٢٦) لكلّ أحد حقّ المرور من الطريق، لكن بشرط السلامة. يعني: أنّه مقيّد بشرط أن لا يضرّ غيره بالحالات التي يمكن التحرّز منها.

بناءً عليه إذا سقط الذي على الحمّال وأتلف مال أحد يكون ضامناً.

وكذا إذا أحرقت ثياب أحد مارٍّ في الطريق الشرارة التي طارت من دكّان الحدّاد حين ضربه يضمن الحدّاد ثياب المارّ[٣].

---

(١) الغيضة: الأجمة، وهي مغيض ماء يجتمع فينبت فيه الشجر. (الصحاح ٣:١٠٩٧).

(٢) كابن عابدين في حاشية ردّ المحتار ٦:٥٩٢، وعلي حيدر في درر الحكّام ٢:٥٥٢.

(٣) ورد: (في الطريق العامّ) بدل: (من الطريق)، و: (فلو سقط) بدل: (بناءً عليه إذا سقط)، و: (على ظهر الحمّال حمل) بدل: (الذي على الحمّال)، ولم ترد كلمة: (الحمّال) قبل: ←

في هذه المادّة مواقع للبحث والنظر. أمّا:

أوّلاً: فإنّ حرمة إضرار الغير بالحالات التي يمكن التحرّز منها حكم عامّ في الطريق العامّ وفي غيره، فلا محلّ لإقحامه هنا.

ثانياً: على فرض اختصاصه هنا، فهو حكم تكليفي محض لا أثر له في الضمان وعدمه، كما لا أثر له في حقّ المرور وعدمه.

يعني: ليس حقّ المرور مشروطاً بالسلامة بحيث لو أضرّ لم يكن له حقّ المرور، بل حقّ المرور ثابت لكلّ أحد على كلّ حال، ولكن يحرم عليه أن يضرّ غيره.

وأمّا:

ثالثاً ـ وهو أشدّها نقداً وأسدّها ردّاً ـ: عدم صحّة التفريع المزبور، بمعنى: أنّ حرمة الإضرار للغير لا تتفرّع عليه قضية ضمان الحمّال، فإنّ ضمانه يتفرّع ويبتني على كونه مباشراً للتلف أو مسبّباً، لا أنّ مروره مشروط بالسلامة وعدمها.

وأمّا:

← (ضامناً)، وورد: (شرارة ثياب أحد كان مارّاً في الطريق وكانت الشرارة) بدل: (ثياب أحد مارٍّ في الطريق الشرارة)، ووردت زيادة: (الحديد) بعد: (ضربه). كلّ ذلك ورد في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٦.

قارن: الفتاوى الخانية ٣:٤٥٨ و٤٥٩، المغني ٥:٤٥٣، كشّاف القناع ٤:١٢٠ ـ ١٢١، الفتاوى الهندية ٥:١٥٢، مجمع الأنهر ٢:٦٥٣، تكملة البحر الرائق ٨:٣٤٧ و٣٥١، حاشية ردّ المحتار ٦:٥٩٢ ـ ٥٩٣ و٦٠٢ ـ ٦٠٣.

رابعاً: فقد عرفت أنّ هذا يوشك أن يكون تهافتاً في أحكام (المجلّة)، فقد مرّ في: (**مادّة: ٩٢٣**) ما يدلّ على اعتبار القصد والعمد في ضمان التسبيب[١]، حتّى صرّح بعض بأنّ المسبّب لا يضمن، إلّا إذا كان متعمّداً[٢].

وحينئذٍ فأيّ وجه لضمان الحمّال هنا مع وضوح كونه غير متعمّد ولا قاصد، كما سبق بيانه[٣]؟!

وكذا إذا أحرقت شرارة دكّان الحدّاد، فإنّ اللازم عدم ضمانه، بل عدم الضمان هنا أوضح، فإنّ الحدّاد جالس في دكّانه وفي ملكه ومشغول بمهنته، وطيران الشرر من لوازم صنعته، فالواجب على المارّ أن يتحرّز، لا على الحدّاد أن يكتنز.

(**مادّة: ٩٢٧**)[٤].

---

(١) مرّ ذلك في ص١٨٣ ـ ١٨٤.

(٢) كعلي حيدر في درر الحكّام ٢: ٥٤٧.

(٣) سبق في ص١٨٤ ـ ١٨٥.

(٤) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٧:

(ليس لأحد الجلوس في الطريق العامّ للبيع والشراء ووضع شيء فيه وإحداثه بلا إذن ولي الأمر، وإذا فعل يضمن الضرر والخسارة اللذين يتولّدان من ذلك الفعل.

بناءً عليه لو وضع أحد على الطريق العامّ أدوات العمارة أو الحجارة وعثر بها حيوان آخر وتلف يضمن.

كذلك لو صبّ أحد على الطريق العامّ شيئاً يزلق به كالدهن وزلق حيوان وتلف يضمن).

راجع: مجمع الأنهر ٢: ٦٥٥، تكملة البحر الرائق ٨: ٣٤٧ و٣٥٠، حاشية ردّ المحتار ٦: ٥٩٣ و٥٩٤.

فذلكة التحقيق في هذا المقام: أنّ ظاهر الفقهاء ـ ولعلّه من الفريقين كما تشعر به هذه المادّة ـ بناؤهم أنّ التصرّف المشروع ـ إمّا لكونه تصرّفاً في ملكه أو لأنّه مأذون من الشارع أو المالك ـ إذا أوجب ضرراً فأتلف مال غيره لا يكون ضامناً[١].

ولذا جعلوا البيع والشراء أو وضع شيء بإذن ولي الأمر في الطريق العامّ إذا أوجب الضرر والخسار لا يضمن، وبدون الإذن يضمن[٢].

وقد مرّت الإشارة أو التصريح منّا بأنّ ملاك الضمان وعدمه ليس مشروعية التصرّف وعدمها، وإنّما المدار فيه على صحّة إسناد الضرر والتلف إليه مباشرة أو تسبيباً أو عدمه[٣].

ألا ترى أنّ من أجّج في سطح داره ناراً، فإن كان بمقدار الحاجة وعلى المتعارف ـ كما هم ذكروا[٤] ـ لم يضمن إذا أحرقت شيئاً في دار جاره، وإن كان زائداً على المتعارف كان ضامناً، مع أنّ كلاً منهما جائز شرعاً لصاحب الدار، والناس مسلّطون على أموالهم.

ولكن وجه الفرق بينهما أنّه في الأوّل لا يعدّ عند العرف متلفاً، أي: لا يسند التلف إليه مباشرة ولا تسبيباً، بخلاف الثاني، فإنّه يعدّ ـ لتجاوزه عن

---

(١) تقدّمت الإشارة إلى بعض المصادر السنيّة في الهامش السابق.
أمّا الشيعية فراجع: المسالك ١٢:١٦٦، مجمع الفائدة ١٠:٥٠٢، الجواهر ٣٧:٥٩.

(٢) لاحظ الجواهر ٣٨:١٨٢ ـ ١٨٣.

(٣) مرّ ذلك في ج١ ص٢٠٢ و٢٠٣.

(٤) ممّن ذكر ذلك: الشهيد الأوّل في الدروس ٣:١٠٧، والشهيد الثاني في المسالك ١٢:١٦٦، والمقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠:٥٠٢، والنجفي في الجواهر ٣٧: ٥٩.

قدر الحاجة ـ هو المسبّب للتلف وإن لم يكن قاصداً.

ولك أن تناقش في ذلك، فتقول: بعدم الفرق بينهما، وتحكم بالضمان فيهما أو عدم الضمان، ولكن لو قلنا بالفرق فليس هو إلّا ما ذكر، لا قضية الجواز وعدمه، فتدبّره في الأمثلة والنظائر جيّداً، فإنّه باب واسع كثير الفروع.

أمّا ما ذكرته (المجلّة) بقولها: **بناءً عليه لو وضع أحد في الطريق العامّ حجارة...**

فهي مسألة أُخرى يتعرّض لها فقهاؤنا في باب المشتركات العامّة من كتاب (إحياء الموات)، وهي جواز وضع شيء في الطرق العامّة[1].

والموضوع نوعان:

نوع ثابت كالأجنحة والرواشن والنوافذ والأبواب ونحوها.

وقد أجازه أرباب المذاهب وأصحابنا بجميع أنواعه حتّى الرواشن المستوعبة عرض الطريق[2] المسمّاة باللغة الدارجة (سوابيط)، وليس للطرف المقابل المنع.

ولكنّ الجميع مشروط بعدم الإضرار أو المزاحمة للمارّة، فكأنّه عندهم على الإباحة الأصلية، فأجازوا كلّ تصرّف لا يضرّ بالمرور

(١) انظر: الدروس ٣:٣٣٩، المسالك ١٢:٤٢٨، الجواهر ٣٨:٨٢.
ولم يقتصر ذكرهم لهذه المسألة في كتاب إحياء الموات، وإنّما ذكروها في كتب أُخرى كالصلح وتزاحم الحقوق، كما عبّر بذلك الأخيرِ الشهيد الأوّل في الدروس ٣:٣٣٩.

(٢) قارن: المبسوط للسرخسي ٢٠:١٤٤، الخلاف ٣:٢٩٤، المغني ٥:٣٤، الدروس ٣:٣٣٩، مغني المحتاج ٢:١٨٢، الجواهر ٢٦: ٢٤٣ و٣٨: ٨٢.

والاستطراق الذي هو حقّ الجميع[١].

هذا في الطرق النافذة.

أمّا المرفوعة فلها أحكام أُخرى مذكورة في محلّها[٢].

وأمّا غير الثابتة بجميع أنواعها أيضاً من حجارة أو تراب أو غيره، فقد أجازوه أيضاً بذلك الشرط على تفاصيل مذكورة في محلّها أيضاً[٣].

وعلى الجواز فاللازم ـ بناءً على أنّ التصرّف الجائز لا يوجب الضمان ـ عدم الضمان هنا.

ودعوى: أنّه مشروط بعدم الإضرار بالمارّة[٤].

مدفوعة: بأنّ المراد بعدم الإضرار نوعاً لا اتّفاقاً، فليتدبّر، وبأنّ الإضرار ـ كما عرفت ـ حرام تكليفي وحكم مستقلّ بنفسه لا دخل له بجواز التصرّف وعدمه، فإنّ كلّ إنسان له حقّ المرور في الطرق العامّة، ويجب عليه أن لا يضرّ الناس في الطرق وفي غيرها.

والخلاصة: أنّ مشروعية التصرّف لا ترفع ضمان الضرر الحاصل من التصرّف إذا استند الضرر إليه عرفاً؛ ضرورة أنّ الإذن بالتصرّف ليس معناه الإذن بالإضرار.

نعم، إن لم يسند الضرر إليه فلا ضمان.

---

(١) راجع: المسالك ١٢: ٤٢٩، الجواهر ٢٦: ٢٤٦ وما بعدها.

(٢) للاستزادة لاحظ: الدروس ٣: ٣٤٤، الجواهر ٢٦: ٢٤٦ وما بعدها.

(٣) للاستزادة راجع: الدروس ٣: ٣٤٠، الجواهر ٢٦: ٢٤٦ وما بعدها.

(٤) انظر درر الحكّام ٢: ٥٥٤.

وعلى هذا يبتني ما ذكرته (المجلّة) في:

(مادّة: ٩٢٨) لو سقط حائط وأورث غيره ضرراً لا يلزم الضمان.

ولكن لو كان [الحائط] مائلاً إلى الانهدام... إلى آخرها[١].

(١) تكملة المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٧ ـ هي:

(قبلاً وكان قد نبّه عليه أحد وتقدّم الناس لقوله: اهدم حائطك، وكان قد مضىٰ وقت يمكن هدم الحائط فيه يلزم الضمان.

ولكن يشترط أن يكون المنبّه من أصحاب حقّ التقدّم والتنبيه، أي: إذا كان الحائط سقط على دار الجيران يلزم أن يكون الذي تقدّم للتنبيه من سكّان تلك الدار، لا يفيد تقدّم أحد من الخارج وتنبّهه.

وإذا كان قد انهدم على الطريق الخاصّ يلزم أن يكون المنبّه ممّن له حقّ المرور في ذلك الطريق.

وإن كان الانهدام على الطريق العامّ فلكلّ أحد حقّ التنبيه).

قارن: مجمع الأنهر ٦٥٧:٢ و٦٥٨ و٦٦٣، تكملة البحر الرائق ٣٥٣:٨ و٣٥٤ و٣٥٥، حاشية ردّ المحتار ٥٩٩:٦.

هذا، وقد ميّز فقهاء أهل السنّة بين ما إذا كان البناء أو الحائط أو نحوه مبنياً من الأصل متداعياً ذا خلل أو مائلاً، وبين ما إذا كان الخلل طارئاً، فهنا حالتان:

الحالة الأُولى: الخلل الأصلي في البناء:

هو الخلل الموجود في البناء منذ الإنشاء، كأن أُنشئ مائلاً إلى الطريق العامّ، أو أشرع الجناح أو الميزاب أو الشرفة بغير إذن، أو أشرعه في غير ملكه.

قال الحنفية والمالكية: إن سقط البناء في هذه الحال فأتلف إنساناً أو حيواناً أو مالاً كان ذلك مضموناً علىٰ صاحبه مطلقاً من غير تفصيل ومن غير إشهاد ولا طلب؛ لأنّ في البناء تعدّياً ظاهراً ثابتاً منذ الابتداء، وذلك بشغل هواء الطريق بالبناء، وهواء الطريق ـ كأصل الطريق ـ حقّ المارّة، فمن أحدث فيه شيئاً كان متعدّياً ضامناً.

لاحظ: المبسوط للسرخسي ٢٧:٩، تكملة شرح فتح القدير ٢٥٤:٩، شرح الزرقاني على مختصر خليل ١١٧:٨، جواهر الإكليل ٢٩٧:٢.

←

....

← والشافعية لا يفرّقون في الضمان بين أن يأذن الإمام في الإشراع أو لا؛ لأنّ الانتفاع بالشارع مشروط بسلامة العاقبة بأن لا يضرّ بالمارّة، وما تولّد منه مضمون وإن كان إشراعاً جائزاً.

لكن ما تولّد من الجناح في درب منسدّ بغير إذن أهله مضمون، وبإذنهم لا ضمان فيه.

وقال الحنابلة: إذا بنىٰ في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء فأتلفه ضمنه؛ لأنّه متعدٍّ بذلك، فإنّه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك، ولأنّه يعرّضه للوقوع على غيره في غير ملكه، فأشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به.

انظر: الشرح الكبير ٥:٤٥٠ ـ ٤٥١، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٤:١٤٨ ـ ١٤٩، حاشية الشرقاوي على التحفة ٢:٤٤٨.

الحالة الثانية: الخلل الطارئ في البناء:

إذا أُنشئ البناء مستقيماً ثمّ مال، أو سليماً ثمّ تشقّق ووقع، وحدث بسبب وقوعه تلف، فقد ذهب جمهور الحنفية استحساناً والمالكية ـ وهو المختار عند الحنابلة والمروي عن علي عليه السلام وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم ـ إلىٰ: أنّه يضمن ما تلف به من نفس أو حيوان أو مال، وذلك إذا طولب صاحبه بالنقض وأُشهد عليه ومضت مدّة يقدر على النقض خلالها ولم يفعل.

وهذا قول عند الشافعية، فقد قالوا: إن أمكنه هدمه أو إصلاحه ضمن؛ لتقصيره بترك النقض والإصلاح.

راجع: المبسوط للسرخسي ٢٧: ٥ و٩، الشرح الكبير ٥:٤٥٠، تبيين الحقائق ٦:١٤٧، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٤:١٤٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤:٣٥٦.

والقياس عند الحنفية: عدم الضمان؛ لأنّه لم يوجد من المالك صنع هو تعدّ؛ لأنّ البناء كان في ملكه مستقيماً، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله، فلا يضمن، كما إذا لم يشهد عليه، ولما قالوه في هذه المسألة: ومن قتله الحجر بغير فعل البشر فهو بالإجماع هدر.

ووجه الاستحسان: ما روي عن بعض الصحابة والتابعين المذكورين، وأنّ الحائط لمّا مال فقد شغل هواء الطريق بملكه، ورفعه بقدرة صاحبه، فإذا تقدّم إليه وطولب بتفريغه لزمه

←

فإنّ وجه الضمان في الأوّل دون الثاني هو صحّة إسناد الضرر إليه من جهة تماهله بعد التنبيه، وعدم صحّة الإسناد إليه مع الغفلة وعدم التنبيه، فليتدبّر.

ويكفي في التنبيه والتقدّم حصوله من كلّ أحد سواء من الجار الذي خشي الضرر أو من غيره.

ولا وجه لقول (المجلّة): **ولكن يشترط أنّ المنبّه من أصحاب التقدّم والتنبيه.**

فإنّ المدار أن يحصل له العلم والإنذار كي تنقطع الحجّة والمعذرة بالجهل، وهو واضح.

← ذلك، فإذا امتنع ـ مع تمكّنه ـ صار متعدّياً. ومضافاً إلى وجوه الاستحسان الأُخرى: أنّه لو لم يضمن يمتنع من الهدم، فينقطع المارّة خوفاً علىٰ أنفسهم، فيتضرّرون به، ودفع الضرر العامّ واجب، وكم من ضرر خاصٍّ يتحمّل لدفع العامّ.

ومع ذلك فقد نصّ الحنفية على: أنّ الشرط هو التقدّم دون الإشهاد؛ لأنّ المطالبة تتحقّق وينعدم به معنىٰ العذر في حقّه وهو الجهل بميل الحائط. أمّا الإشهاد فللتمكّن من إثباته عند الإنكار، فكان من باب الاحتياط.

والمالكية يشترطون الإشهاد مع الإنذار، فإذا انتفىٰ الإنذار والإشهاد فلا ضمان، إلّا أن يعترف بذلك ـ مع تفريطه ـ فيضمن.

كما أنّ الإشهاد المعتبر عندهم يكون عند الحاكم أو جماعة المسلمين ولو مع إمكان الإشهاد عند الحاكم.

قارن: المبسوط للسرخسي ٢٧: ٩ و١٢، تبيين الحقائق ١٤٧:٦، تكملة شرح فتح القدير ٢٥٣:٩ ـ ٢٥٤، شرح الزرقاني علىٰ مختصر خليل ١١٧:٨، تكملة البحر الرائق ٣٥٣:٨.

الفصل الرابع

في جناية الحيوان

من المعلوم أنّ الحيوان من حيث ذاته لا ضمان عليه ولا يتعلّق به أيّ حكم من الأحكام، فإن كان هناك ضمان أو حكم فعلى الإنسان الذي يناط به الحيوان بأحد الملابسات، بأنّ يكون مالكاً له أو قائداً أو سائقاً أو راكباً وإن لم يكن مالكاً.

وكلّ ذلك مبني على الأصل الذي ذكرناه من قضية صحّة النسبة والإسناد، كما أشارت إليه (المجلّة):

(مادّة: ٩٢٩) الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه[1].

---

(١) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٧ ـ هي:

(راجع المادّة: ٩٤.

ولكن لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن.

ويضمن صاحب الحيوان ذي الضرر المتعيّن كالثور النطوح والكلب العقور ما أتلفه إذا تقدّم أحد من أهل محلّته أو قريته بقوله: امسك حيوانك، ولم يمسكه).

ولا بأس هنا بالتعرّض لأقوال الفقهاء في ذيل هذه المسألة، أي: مسألة ضمان جناية الحيوان الخطر.

فمذهب الحنفية هو: ضمان ما يتلفه الحيوان الخطر من مال أو نفس إذا وجد من مالكه إشلاء أو إغراء أو إرسال.

وهو قول أبي يوسف الذي أوجب الضمان في هذا كلّه احتياطاً لأموال الناس خلافاً لأبي ←

ولعلّ إليه نظر النبوّي المشهور: «جرح العجماء جبار»[1]، فالحيوان إذا كان صاحبه معه وأحدث ضرراً كان صاحبه ضامناً.

← حنيفة.

والذي أفتوا به هو: الضمان بعد الإشلاء كالحائط المائل في النفس والمال كما في الإغراء.

وعلّل الضمان بالإشلاء بأنّه بالإغراء يصير الكلب آلة لعقره، فكأنّه ضربه بحدّ سيفه.

وفي مذهب مالك تفصيل ذكره الدسوقي، وهو: إذا اتّخذ الكلب العقور بقصد قتل إنسان معيّن وقتله فالقود سواء أُنذر عن اتّخاذه أم لا.

وإن قتل غير المعيّن فالدية، وكذلك إن اتّخذه لقتل غير المعيّن وقتل شخصاً فالدية، أنذر أم لا.

وإن اتّخذه لوجه جائز فالدية إن تقدّم له إنذار قبل القتل، وإلا فلا شيء عليه.

وإن اتّخذه لا لوجه جائز ضمن ما أتلف سواء تقدّم له فيه إنذار أم لا، حيث عرف أنّه عقور، وإلاّ لم يضمن؛ لأنّ فعله حينئذٍ كفعل العجماء.

وذهب الحنابلة إلىٰ: أنّ الحيوان الخطر ينبغي أن يربط ويكفّ شرّه، كالكلب العقور أو السنّور، فعقر إنساناً أو أتلف طعاماً أو ثوباً ليلاً أو نهاراً، ضمن ما أتلفه؛ لأنّه مفرّط باقتنائه وإطلاقه، إلاّ إذا دخل داره إنسان بغير إذنه فعقره فلا ضمان عليه؛ لأنّه متعدٍّ بالدخول متسبّب بعدم الاستئذان لعقر الكلب له، فإن دخل بإذن المالك فعليه ضمانه؛ لأنّه تسبّب بإتلافه.

وكذلك إذا اقتنىٰ سنّوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه، كالكلب العقور.

وهذا هو الأصحّ عند الشافعية كلّما عهد ذلك منه ليلاً أو نهاراً؛ لأنّ هذه الحيوانات ينبغي أن تربط ويكفّ شرّها.

أمّا ما يتلفه الكلب العقور لغير العقر ـ كما لو ولغ في إناء أو بال ـ فلا يضمن؛ لأنّ هذا لا يختصّ به الكلب العقور.

راجع: المبسوط للسرخسي ٢٧:٥، المغني ٤٥٥:٥، تكملة شرح فتح القدير ٢٦٤:٩، كشّاف القناع ١٢٥:٤، مجمع الأنهر ٦٥٩:٢، تكملة البحر الرائق ٣٥٧:٨ و٣٦٢، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢٤٤:٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤٤:٤ و٣٥٧، حاشية ردّ المحتار ٦٠٣:٦ و٦٠٨ و٦١٢، جواهر الإكليل ٢٥٧:٢.

(١) صحيح مسلم ١٣٣٤:٣ و١٣٣٥، سنن الترمذي ٦٦١:٣، كنز العمّال ١٥:١٥ و١٦ و١٧، بأدنىٰ تفاوت.

ونعني بالصاحب: الأعمّ من مالكه أو مستأجره أو مستعيره أو غير ذلك، بل وحتّى غاصبه، فإنّ صاحبه إذا كان معه وأهمل رعايته ولم يكبح جماحه استند الضرر إليه، فلزمه الضمان، كما نصّت عليه (المجلّة) بقولها: **ولو استهلك حيوان مال أحد**.... إلى الآخر.

وكأنّ المراد باستهلاك الدابّة ما لو أكلت طعام الغير ونحو ذلك.

وهذا أحد مصاديق الكلّي، ولا خصوصية له.

فلو أضرّت بمال الغير ولم يمنعها صاحبها ـ وهو معها ـ ضمن سواء استهلكت المال أم لا.

وينبغي أن تحمل:

(مادّة: ٩٣٠) لا يضمن صاحب الدابّة التي أضرّت بيديها أو ذيلها أو رجلها حال كونها في ملكه راكباً كان أو لم يكن[1].

على ما إذا لم يكن عالماً أو لم يكن قادراً، وإلّا فلا وجه له.

ولا لما في:

(مادّة: ٩٣١) إذا أدخل أحد دابّته في ملك غيره بإذنه لا يضمن جنايتها[2].

---

(١) وردت زيادة: (أو رأسها) بعد كلمة: (بيديها) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٧.

انظر: مجمع الأنهر ٢:٦٥٩، تكملة البحر الرائق ٨:٣٥٧، حاشية ردّ المحتار ٦:٦٠٣ و٦٠٤.

(٢) للمادّة تكملة، ونصّ التكملة ـ كما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٧ ـ كما يلي:

←

لما عرفت قريباً من أنّ الإذن بالتصرّف ليس إذناً بالضرر[١].

فإذا دخل بدابّته وأضرّت بصاحب الدار واستند الضرر إلى إهماله ضمن سواء دخل بإذن أم بغير إذن.

بل لو كانت الدابّة في ملكه وأضرّت بالغير من جهة إهماله ضمن.

بل وكذا لو انفلتت دابّته وأضرّت، فإن كان بإهماله وتقصيره ضمن، وإن لم يكن انفلاتها بتقصيره فلا ضمان.

هكذا ينبغي بل يجب تحقيق المسائل وتحليلها.

ومن هذا تنكشف أيضاً:

(مادّة: ٩٣٢) لكلّ أحد حقّ المرور في الطريق العامّ مع حيوانه.

بناءً عليه...[٢].

→ (في الصور التي ذكرت في المادّة الآنفة، حيث إنّها تعدّ كالكائنة في ملكه.
وإن كان أدخلها بدون إذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابّة وخسارها على كلّ حال، يعني: حال كونه راكباً أو سائقاً أو قائداً أو موجوداً عندها أو غير موجود.
أمّا لو أفلتت ودخلت في ملك الغير وأضرّت فلا يضمن).
لاحظ: الفتاوى الهندية ٥:١٣٠، حاشية ردّ المحتار ٦:٦٠٣.

(١) وذلك في ص١٩٢.

(٢) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٧ ـ ١٠٨:
(لايضمن المارّ راكباً على حيوانه في الطريق العامّ الضرر والخسارة اللذين لا يمكن التحرّز عنهما.
مثلاً: لو انتشر أو تطاير من رجل الدابّة غبار أو طين ولوّث ثياب الآخر أو رفست برجلها المؤخّرة أو لطمت بذيلها وأضرّت لايلزم الضمان.

←

فإنّ كلّ أحد وإن كان له حقّ المرور، ولكن ليس حقّ الإضرار والخسار، فيجب عليه التحرّز حسب الإمكان بأن لا يسوقها بعنف يوجب انتشار الطين والغبار، فإن تسامح في ذلك فلوّثت ثياب العابرين كان ضامناً.

كما يضمن الضرر والخسار الذي يقع من مصادمتها أو لطمة يدها في جميع الصور المذكورة أوّلاً وآخراً، لا فرق بين بعض وبعض، فتدبّره جيّداً.

نعم، ما هو خارج عن قدرته أو عن علمه يعذر فيه.

(مادّة: ٩٣٣)[(١)].

بل هما أقدر على التحفّظ من الراكب، فهما أولى من الراكب بالضمان لو تسامحا في التحرّز.

(مادّة: ٩٣٤) ليس لأحد حقّ توقيف دابّة أو ربطها في الطريق

← **ولكن يضمن الراكب الضرر والخسارة اللذين وقعا من مصادمتها ولطمة يدها أو رأسها؛ لإمكان التحرّز من ذلك).**

قارن: مجمع الأنهر ٢:٦٦٠، تكملة البحر الرائق ٨:٣٥٧، حاشية ردّ المحتار ٦:٦٠٣ و٦٠٤.

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٨:

(القائد والسائق في الطريق العامّ الراكب.

يعني: لا يضمنان إلّا ما يضمنه الراكب من الضرر).

انظر: مجمع الأنهر ٢:٦٦٠ ـ ٦٦١ و٦٦٢، تكملة البحر الرائق ٨:٣٦١، حاشية ردّ المحتار ٦:٦٠٤.

العامّ[١].

هذا على إطلاقه ممنوع، بل له أن يوقفها أو يربطها إذا كان الطريق واسعاً، كما في شوارع أكثر المدن في هذه الأعصار.

وبالجملة: إنّما لا يجوز له أن يوقفها أو يربطها في الطريق إذا كان فيه مزاحمة للعابرين، أمّا إذا أمن من المزاحمة فلا مانع شرعاً بل وعرفاً.

فلو تعرّضها أحد وأخذته وأتلفت عليه شيئاً فلا ضمان على صاحبها؛ لأنّه هو الجاني على نفسه.

(مادّة: ٩٣٥) من سيّب دابّته في الطريق العامّ يضمن الضرر الذي أحدثته[٢].

ووجهه واضح؛ لأنّه يكون هو السبب بتفريطه في حفظها.

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٨ ورد: (دابّته) بدل: (دابّة)، ووردت زيادة آخر المادّة، وهي:
(بناءً عليه لو وقف أو ربط أحد دابّته في الطريق العامّ يضمن جنايتها على كلّ حال، سواء رفست بيدها أو رجلها أو جنت بسائر الوجوه.
وأمّا المحال التي أُعدّت لتوقيف الدوابّ ـ كسوق الدوابّ ومحلّ وقوف دوابّ الكراء ـ فمستثناة).
راجع: كشّاف القناع ٤: ١١٩، مجمع الأنهر ٢: ٦٦٠، حاشية ردّ المحتار ٦: ٦٠٤.

(٢) ورد: (من ترك لدابّته الحبل على الغارب) بدل: (من سيّب دابّته) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٨.
لاحظ: كشّاف القناع ٤: ١١٧، مجمع الأنهر ٢: ٦٦٢، حاشية ردّ المحتار ٦: ٦٠٧.

ولا يبعد أن يلحق به من سيّب ولده أو عبده، ولا سيّما إذا كانا مجنونين أو ضعيفي العقل لا يؤمن شرّهما.

وبهذا الملاك يضمن الراكب، كما في:

(مادّة: ٩٣٦) لو داس الحيوان الذي كان راكبه أحد على شيء بيده أو رجله... إلى آخره[1].

و(**مادّة: ٩٣٧) لو كانت الدابّة جموحاً ولم يقدر الراكب على ضبطها وأضرّت لا يلزم الضمان**[2].

إذا كان الأمر في مثلهنّ خارج عن قدرته واختياره.

أمّا مع استطاعة حبسها وإهماله فهو ضامن.

(مادّة: ٩٣٨)[3].

---

(١) صيغة هذه المادّة الواردة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٨ هكذا:

(لو داست دابّة مركوبة لأحد على شيء برجليها الأماميتين أو رجليها الخلفيتين في ملكه أو في محلٍّ آخر وأتلفته يعدّ الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة، فيضمن على كلّ حال).

قارن: مجمع الأنهر ٢:٦٥٩، حاشية ردّ المحتار ٦:٦٠٤.

(٢) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٨.

كمصدر لها انظر حاشية ردّ المحاتر ٦:٦٠٨.

(٣) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٨:

(لو أتلفت الدابّة التي قد ربطها صاحبها في ملكه دابّة غيره التي أتىٰ بها صاحبها وربطها في ملك ذلك الشخص بلا إذنه لايلزم الضمان.

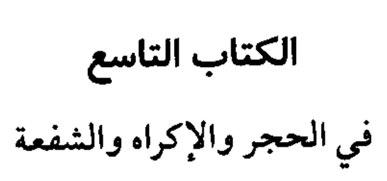
وإذا أتلفت تلك الدابّة دابّة صاحب الملك يضمن صاحبها).

راجع حاشية ردّ المحتار ٦:٦١٢.

وهي واضحة، كوضوح ما بعدها[١].

---

(١) وهما: (مادّتي: ٩٣٩ و٩٤٠).
ونصّهما ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٨ ـ كما يلي:
(مادّة:٩٣٩) إذا ربط شخصان دابّتيهما في محلٍّ لهما حقّ الربط فيه فأتلفت إحدىٰ الدابّتين الأُخرىٰ فلا يلزم الضمان.
مثلاً: لو أُتلفت دابّة أحد الشريكين في دار دابّة الآخر عند ما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان.
لاحظ الفتاوى الهندية ٥:١٥٩.
(مادّة: ٩٤٠) لو ربط اثنان دابّتيهما في محلٍّ ليس لهما فيه حقّ رباط حيوان وأتلفت دابّة الرابط أوّلاً دابّة الرابط مؤخّراً لا يلزم الضمان.
وإذا كان الأمر بالعكس يلزم الضمان.
انظر حاشية ردّ المحتار ٦: ٦١٢.



الكتاب التاسع

في الحجر والإكراه والشفعة

ويشتمل على مقدّمة وثلاثة أبواب

المقدّمة

في الاصطلاحات الفقهيّة المتعلّقة بالحجر

الحجر لغةً: المنع(١). وبهذا الاعتبار أُطلق على العقل في قوله تعالى: ﴿هَل فِي ذٰلِكَ قَسَمٌ لِذي حِجرٍ﴾(٢)، وأمثالها؛ لأنّه يعقل ويمنع عن ارتكاب الرذيلة(٣).

وشرعاً هو: منع الإنسان عن التصرّف لوصف فيه فيما له التصرّف فيه لولا ذلك الوصف.

وذكر فقهاؤنا (رضوان الله عليهم): أنّ أسبابه ستّة: الصغر والجنون والسفه والرق ومرض الموت والفلس(٤). وذكروا لكلٍّ منها حدوداً وقيوداً وأحكاماً(٥).

و(المجلّة) أرادت ذلك المعنى في تعريفه، وقصرت عبارتها عنه في:

---

(١) الصحاح ٢:٦٢٣.

(٢) سورة الفجر ٨٩: ٥.

(٣) ويُطلق كذلك باعتبار المنع على الحرام، كقوله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجراً مَحجُوراً﴾ من سورة الفرقان ٢٥:٢٢.

(٤) راجع: الشرائع ٢:٣٥١، المسالك ٤:١٤١، مجمع الفائدة ٩:١٨١، الحدائق ٢٠:٣٤٢، الرياض ٩:٢٣٦.

ولا يخفىٰ أنّ حصر أسباب الحجر بهذه الستّة إنّما هو حصر جعلي لا استقرائي.

(٥) سيأتي التنبيه على بعضها في طيّات البحث.

(مادّة: ٩٤١) الحجر هو: منع شخص مخصوص عن تصرّفه القولي[١].

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٩ بهذا اللفظ:
(الحجر هو: منع شخص من تصرّفه القولي. ويقال لذلك الشخص ـ بعد الحجر ـ: محجور).
هذا، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الحجر:
فعرّفه الشافعية والحنابلة: بأنّه المنع من التصرّفات المالية، سواء كان المنع قد شرّع لمصلحة الغير كالحجر على المفلّس للغرماء وعلى الراهن في المرهون لمصلحة المرتهن وعلى المريض مرض الموت لحقّ الورثة في ثلثي ماله وغيرها، أم شرّع لمصلحة المحجور عليه كالحجر على المجنون والصغير والسفيه.
وعرّف المالكية الحجر: بأنّه صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرّفه فيما زاد على قوته، أو من نفوذ تبرّعه بزائد على ثلث ماله.
فدخل بالثاني حجر المريض والزوجة، ودخل بالأوّل حجر الصبي والمجنون والسفيه والمفلّس والرقيق، فيمنعون من التصرّف في الزائد على القوت ولو كان التصرّف غير تبرّع كالبيع والشراء.
وأمّا الزوجة والمريض فلا يمنعان من التصرّف إذا كان غير تبرّع أو كان تبرّعاً وكان بثلث مالهما، وأمّا تبرعهما بزائد على الثلث فيمنعان منه.
وعرّف الحجر الحنفية بما هو مذكور في (**مادّة: ٩٤١**) من (المجلّة).
وإنّما كان الحجر عند الحنفية من التصرّفات القولية؛ لأنّ تلك التصرّفات هي التي يتصوّر الحجر فيها بالمنع من نفاذها. أمّا التصرّف الفعلي فلا يتصوّر عندهم الحجر فيه؛ لأنّ الفعل بعد وقوعه لا يمكن ردّه، فلا يتصوّر الحجر عنه.
قال ابن عابدين نقلاً عن بعض الحنفية ما مفاده: الحجر على مراتب: أقوىٰ وهو: المنع عن أصل التصرّف بعدم انعقاده، كتصرّف المجنون. ومتوسّط، وهو: المنع عن وصفه وهو النفاذ، كتصرّف المميّز. وضعيف، وهو: المنع عن وصف وصفه وهو كون النفاذ حالاً مثل تأخير نفاذ الإقرار من المحجور عليه للإفلاس إلىٰ ما بعد فكّ الحجر عنه.
ثمّ ذكر ابن عابدين: أنّه قد أُدخل في التعريف المنع عن الفعل، ويظهر لي أنّ هذا هو
←

ومن الواضح أنّ المحجور ممنوع عن التصرّف القولي والفعلي معاً، فكما لا يجوز صيغة البيع منه ولا أثر لها، كذلك لايجوز أن يدفع المبيع أو أن يعطي شيئاً من أمواله معاوضة أو مجّاناً، فالتقييد بالتصرّف القولي لا وجه له.

كما لا فائدة لقولها: **ويقال لذلك الشخص بعد الحجر: محجور.**

ومثلها:

(مادّة: ٩٤٢) الإذن هو: فكّ الحجر وإسقاط المنع(١).

ثمّ شرعت (المجلّة) في تعريف بعض أسباب الحجر كالصغير والمجنون والسفيه(٢)، ولو أنّها أوكلت تعيين مصاديق هذه المفاهيم إلى

← التحقيق؛ فإنّه إن جعل الحجر هو المنع من ثبوت حكم التصرّف، فما وجه تقييده بالقولي ونفي الفعلي مع أنّ لكلٍّ حكماً؟! وأمّا ما علّل به صاحب الدرّ من قوله: لأنّ الفعل بعد وقوعه لا يمكن ردّه، نقول: الكلام في منع حكمه لا منع ذاته، ومثله: القول: بأنّه لا يمكن ردّه بذاته بعد وقوعه، بل ردّ حكمه.

قارن: المغني ٤:٥٠٨ ـ ٥٠٩، تبيين الحقائق ٥:١٩٠، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣:٣٨١، كشّاف القناع ٣:٤١٦، مغني المحتاج ٢:١٦٥، الفتاوى الهندية ٥:٥٤، تكملة البحر الرائق ٨:٧٨، حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٣.

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٩ وردت زيادة كلمة: (حقّ) قبل كلمة: (المنع)، ووردت زيادةٌ آخر المادّة، وهي: (**ويقال للشخص الذي أذن: مأذون**).

راجع: تبيين الحقائق ٥:٢٠٣، الفتاوى الهندية ٥:٦٤، تكملة البحر الرائق ٨:٨٥، حاشية ردّ المحتار ٦:١٥٥، اللباب ٢:٢٢٣.

(٢) والمواد كالتالي:

(مادّة: ٩٤٣) الصغير غير المميّز هو: الذي لا يفهم البيع والشراء. يعني: من لا يعرف أنّ البيع سالب للملكية والشراء جالب لها، ولا يفرّق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغرير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير، ويقال للذي يميّز ذلك: صبي مميّز.

(مادّة: ٩٤٤) المجنون على قسمين: أحدهما: المجنون المطبق، وهو: الذي يستوعب ←

العرف لكان أصحّ وأوضح.

أمّا تعريف الإكراه في:

(مادّة: ٩٤٨) الإكراه هو: إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حقٍّ من دون رضاه بالإخافة(١).

فقيد: (بغير حقٍّ) مستدرك؛ إذ الإكراه معنى وجداني، وهو: حمل الغير على عمل بغير رضاه سواء كان بحقٍّ أو بغير حقٍّ.

وحقّ التعبير أن يقال: ويقال لمن أجبر: مكرِه، والمجبور: مكرَه ـ بفتح الراء ـ وكذلك العمل: مكرَه عليه؛ لينتظم النسق وتنسجم الفقرات.

وفي:

(مادّة: ٩٤٩) الإكراه على قسمين:

القسم الأوّل: هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد

← جنونه جميع أوقاته، والثاني: المجنون غير المطبق الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها.

(مادّة: ٩٤٥) المعتوه هو: الذي اختلّ شعوره، بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً.

(مادّة: ٩٤٦) السفيه هو: الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذّر في مصروفاته ويضيّع أمواله ويتلفها بالإسراف، والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحبّ بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدّون أيضاً من السفهاء.

(مادّة: ٩٤٧) الرشيد هو: الذي يتقيّد بمحافظة ماله ويتوقّى السرف والتبذير.

(١) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٩ ـ هي:

(ويقال له: مكرَه ـ بفتح الراء ـ ويقال لمن أجبره: مجبِر، ولذلك العمل: مكرَه عليه، وللشيء الموجب للخوف: مكرَه به).

انظر: بدائع الصنائع ١٠٣:١٠، كشف الأسرار للبخاري ٦٣١:٤، تبيين الحقائق ١٨١:٥، البناية في شرح الهداية ٤٣:١٠، الفتاوى الهندية ٣٥:٥، مجمع الأنهر ٤٢٨:٢.

المؤدّي إلى إتلاف النفس.

والثاني: غير الملجئ الذي يوجب الغمّ والألم فقط بالضرب والحبس[١].

خلل واضطراب أبعده عن الصواب، فإنّ الإكراه الملجئ هو: الحمل

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٠٩ وردت زيادة: (أو قطع عضو) بعد كلمة: (النفس)، و: (هو الإكراه) بعد كلمة: (الثاني)، وورد: (كالضرب والحبس غير المبرح والمديد) بدل: (بالضرب والحبس).

وهذا التقسيم للإكراه ممّا تفرّد به الحنفية، ويسمّىٰ عندهم كذلك بالإكراه الكامل والقاصر على حدّ تعبير الزيلعي، أو الإكراه التامّ والناقص على حدّ تعبير الكاساني.

وغير الحنفية لم يقسّموا الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ كما فعل الحنفية، ولكنّهم تكلّموا عمّا يتحقّق به الإكراه وما لا يتحقّق.

وممّا قرّروه في هذا الموضوع يؤخذ أنّهم جميعاً يقولون بما سمّاه الحنفية إكراهاً ملجئاً، أمّا ما يسمّىٰ بالإكراه غير الملجئ فإنّهم يختلفون فيه:

فعلىٰ إحدىٰ الروايتين عن الشافعي وأحمد يعتبر إكراهاً، وعلى الرواية الأُخرى لا يعتبر إكراهاً.

أمّا عند المالكية فإنّه لا يعتبر إكراهاً بالنسبة لبعض المكره عليه، ويعتبر إكراهاً بالنسبة للبعض الآخر.

فمن المكره عليه الذي لايعتبر الإكراه غير الملجئ إكراهاً فيه: الكفر بالقول أو الفعل، والمعصية التي تعلّق بها حقّ لمخلوق، كالقتل أو القطع، والزنىٰ بامرأة مكرهة أو لها زوج، وسبّ نبي أو مَلَك، أو قذف لمسلم.

ومن المكره عليه الذي يعتبر الإكراه غير الملجئ إكراهاً فيه: شرب الخمر، وأكل الميتة، والطلاق، والأيمان، والبيع، وسائر العقود والحلول والآثار.

لاحظ: المبسوط للسرخسي ٤٨:٢٤، بدائع الصنائع ١٠٣:١٠، كشف الأسرار للبخاري ٦٤٧:٤ و٦٥١، تبيين الحقائق ١٨١:٥، الإنصاف ٤٣٩:٨ و٤٤٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٦٩ - ٣٧١، مغني المحتاج ٢٩٠:٣، الفتاوى الهندية ٣٥:٥، مجمع الأنهر ٤٢٩:٢، جواهر الإكليل ٢٨١:٢.

على الفعل بغير قصد من الفاعل، كما لو أُوجر الماء في حلق الصائم، أو أركب إنسان غيره بأن رفعه فوضعه على الدابّة، وهكذا. والقسم الثاني هو الذي يصدر الفعل بإرادة الفاعل، ولكن انبعاث الإرادة والقصد وقعا دفعاً للضرر وخوفاً من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أو غيره بإتلاف نفس أو قطع عضو أو أخذ مال أو هتك عرض أو حبس ونحو ذلك.

وممّا يوجب الغمّ والألم هنا ذكر الغمّ والألم الذي لاربط لهما بالمقام أصلاً! فتدبّره عافاك الله.

فالملجئ يسلب الإرادة والرضا وغير الملجئ يسلب الرضا وطيب النفس دون الإرادة.

ولكنّ الظاهر تساويهما في أغلب الأحكام، وقد يختلف نادراً.

ففي مثل: الصوم لو أُوجر في حلقه لا قضاء عليه ولا كفّارة، ولكن لو أُكره بالإكراه غير الملجئ كان عليه القضاء دون الكفّارة.

أمّا في مثل: الطلاق والبيع وسائر المعاملات فالظاهر عدم الصحّة بالإكراه مطلقاً.

هكذا ينبغي تحقيق البحث.

ومثل هذا في الضعف والخور والوهن والخلل:

(مادّة: ٩٥٠) الشفعة هي: تملّك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي اشتراه به المشتري(١).

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ ورد: (قام على) بدل: (اشتراه به).

وقد عرّف الحنفية الشفعة بأنّها: ضمّ ملك البائع إلى ملك الشفيع، وتثبت للشفيع بالثمن ←

ولا حاجة لهذا التعقيب، فإنّ أصحّ تعريف للشفعة أن يقال: إنّها حقّ أخذ الشقص المبيع من المشتري بالثمن الذي اشتراه به.

والفرق بين التعريفين ـ مثل الصبح ـ واضح، فإنّ التملّك أثر ذلك الحقّ لا نفسه، والشريك له حقّ الشفعة وإن لم يتملّك، فتدبّره.

ثمّ إنّ درج الشفعة في مدرج الحجر والإكراه موضع لسؤال المناسبة؛ لوضوح التباين بينهما، فإنّ الشفعة حقّ والحجر والإكراه منع من التصرّف في الحقوق.

ولعلّ المناسبة هي أنّ الشفيع يأخذ الشقص من المشتري كرهاً رضي أم أبى، فناسب بهذا باب الإكراه والحجر، وإلّا فالشفعة حقيقة من شراشر[١] البيع وشؤونه، ولذا لا تجري في غير البيع من عقود المعاوضات وغيرها، كالصلح وغيره، كما سيأتي[٢].

ثمّ إنّ من: (مادّة: ٩٥١) إلى: (مادّة: ٩٥٥)[٣]،

← الذي بيع به، رضي المتبايعان أو شرطا.

وعرّفها الشافعية بأنّها: حقّ تملّك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض.

وعرّفها المالكية بأنّها: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه.

وعرّفها الحنابلة بأنّها: استحقاق انتزاع الإنسان حصّة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها.

راجع: المبسوط للسرخسي ١٤: ٩٠، المغني ٥: ٤٥٩، الإنصاف ٦: ٢٣٥، مواهب الجليل ٥: ٣١٠، تكملة شرح فتح القدير ٨: ٢٩٥، مغني المحتاج ٢: ٢٩٦، نهاية المحتاج ٥: ١٩٤، الفتاوى الهندية ٥: ١٦٠، مجمع الأنهر ٢: ٤٧١ ـ ٤٧٢، تكملة البحر الرائق ٨: ١٢٥، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٣: ١٣٣، حاشية ردّ المحتار ٦: ٢١٦.

(١) شرشرة الشيء: تشقيقه وتقطيعه. (الصحاح ٢: ٦٩٦).

(٢) سيأتي في ص٢٧٨.

(٣) نصوص هذه المواد ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ ـ كما يلي:

و(**مادّة: ٩٥٦**)[١] كلّها واضحة غنية عن البيان.

أمّا الشرب الخاصّ فقد عرّفه هنا بأنّه: حقّ شرب الماء الجاري المخصوص بالأشخاص المعدودة[٢]، وعرّفه في أُخريات الكتاب بأنّه: هو الأنهر التي تتفرّق مياهها وتقسّم بين الشركاء[٣].

وفي كلا التعريفين نقص ظاهر.

والأصحّ في تعريفه أنّه: الماء المملوك لشخص أو أشخاص مخصوصين.

في مقابل الشرب العامّ وهو: المباح لعامّة الناس الذي لا يملكه أحد بعينه.

← (مادّة: ٩٥١) **الشفيع هو: من كان له حقّ الشفعة.**

(مادّة: ٩٥٢) **المشفوع هو: العقار الذي تعلّق به حقّ الشفعة.**

(مادّة: ٩٥٣) **المشفوع به هو: ملك الشفيع الذي به الشفعة.**

(مادّة: ٩٥٤) **الخليط هو بمعنى: المشارك في حقوق الملك، كحصّة الماء والطريق.**

(مادّة: ٩٥٥) **الشرب الخاصّ هو: حقّ شرب الماء الجاري المخصوص بالأشخاص المعدودين.**

وأمّا أخذ الماء من الأنهر التي ينتفع بها العامّة فليس من قبيل الشرب الخاصّ.

انظر: تبيين الحقائق ٥:٢٣٩ ـ ٢٤٠، تكملة البحر الرائق ٨:١٢٦، حاشية ردّ المحتار ٦:٢١٦ و٢٢٥.

(١) نصّ هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ ـ هو:

(الطريق الخاصّ هو: الزقاق غير النافذ).

لاحظ: تبيين الحقائق ٥:٢٤٠، تكملة البحر الرائق ٨:١٢٦، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢٥.

(٢) كما في: (**مادّة: ٩٥٥**).

(٣) قارن درر الحكّام ٣:٢٦٧.

الباب الأوّل

[في بيان المسائل المتعلّقة بالحجر]

[وينقسم إلىٰ أربعة فصول]

الفصل الأوّل

[في بيان صنوف المحجورين وأحكامهم]

(مادّة: ٩٥٧) الصغير والمجنون والمعتوه محجورون[١].

الحجر نوعان: نوع ذاتي، بحسب أصل الشرع وجعل الشرع بلا واسطة، ونوع عرضي لا يتحقّق إلّا بواسطة حكم الحاكم.

وهؤلاء الثلاثة محجور عليهم بالحجر الذاتي؛ لنقصهم الذاتي، وأيّ نقص أعظم من نقص العقل عافاك الله!

ومن النوع الثاني: السفيه، كما في:

(مادّة: ٩٥٨) للحاكم أن يحجر على السفيه[٢].

ومنه أيضاً: المفلّس، كما في:

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ وردت آخر المادّة زيادة كلمة: (أصلاً).

قارن: بدائع الصنائع ١٠: ٨١ و٩٠، تبيين الحقائق ٥: ١٩١، الفتاوى الهندية ٥: ٥٤ و١١٢، اللباب ٢: ٦٦.

(٢) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠.

وهذا الذي ذكرته (المجلّة) هو رأي صاحبي أبي حنيفة دونه، حيث إنّه لا يجوّز الحجر على السفيه.

انظر: بدائع الصنائع ١٠: ٨٢، تبيين الحقائق ٥: ١٩٢، الفتاوى الهندية ٥: ٥٤ و٥٥، اللباب ٢: ٦٨ و٦٩.

(مادّة: ٩٥٩) للحاكم أن يحجر على المديون بطلب الغرماء[١].

وسيأتي تفاصيل كلٍّ من النوعين[٢].

أمّا:

(مادّة: ٩٦٠) المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة ولم يعتبر تصرّفهم القولي، لكن يضمنون... إلى الآخر[٣].

فهو حكم عامٌّ لكلّ محجور عليه؛ لأنّ الضمان حكم وضعي لا تكليفي حتّى يختصّ بالبالغ العاقل، بل كلّ من أتلف مال غيره فهو له ضامن حتّى الصبي غير المميّز. غايته أنّ المخاطب يدفع الغرامة وليّه، فيغرم من مال الصبي إن كان له مال، وإلّا فلا غرامة وسقط الحقّ؛ لعدم موضوعه.

(مادّة: ٩٦١) إذا حجر السفيه والمديون من طرف الحاكم يلزم

---

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ بالصيغة التالية:

(يحجز المدين أيضاً من طرف الحاكم بطلب الغرماء).

والملاحظة المذكورة في الهامش السابق تأتي هنا أيضاً حذو النعل بالنعل.

راجع: بدائع الصنائع ١٠:٨٢، تبيين الحقائق ٥:١٩٩، الفتاوى الهندية ٥:٥٤ و٥٥ و٦١، اللباب ٢:٧٢.

(٢) ستأتي التفاصيل في ص٢٤٢ و٢٤٩.

(٣) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ وردت المادّة بصيغة:

(المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وإن لم يعتبر تصرّفهم القولي كالبيع والشراء، إلّا أنّهم يضمنون حالات الخسارة والضرر اللذين نشآ من فعلهم.

مثلاً: لو أتلف الصغير مال آخر لزم الضمان ولو كان غير مميّز).

لاحظ: تبيين الحقائق ٥:١٩٢، الفتاوى الهندية ٥:٥٤، اللباب ٢:٦٧.

بيان سببه للناس[١].

الإعلان عن الحجر عليه كي لا يعامله الناس لو احتاج إلى الحكم حسن أو لازم، ولكن بيان السبب غير لازم، بل غير حسن أيضاً.

(مادّة: ٩٦٢) لا يشترط حضور من أُريد حجره من طرف الحاكم، ويصحّ حجره غياباً[٢].

لعلّ هذا عند أرباب المذاهب[٣].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ وردت المادّة بالصيغة الآتية:

(إذا حجر السفيه والمدين من قبل الحاكم يبيّن سببه للناس ويشهد عليه ويعلن).

قارن: الفتاوى الهندية ٥:٦٢، اللباب ٢:٧٤.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ وردت المادّة بصيغة:

(لايشترط حضور من أراد الحاكم حجره، ويصحّ حجره غيابياً أيضاً.

ولكن يشترط وصول خبر الحجر إلىٰ ذلك المحجور، ولا ينحجر ما لم يصل إليه خبر الحجر، وتكون عقوده وأقاريره معتبرة إلىٰ ذلك الوقت).

انظر: الفتاوى الهندية ٥:٥٦، حاشية ردّ المحتار ٦:١٥٢.

(٣) السفه لدىٰ أهل السنّة على نوعين:

١ ـ سفه يعقب الصبا، وذلك بأن يبلغ سفيهاً.

٢ ـ سفه يطرأ بعد بلوغ الصبي رشيداً.

فالأوّل اختلفوا فيه ـ من حيث افتقاره إلى قضاء القاضي ـ على رأيين:

أحدهما: لا يفتقر إلى قضاء قاض؛ لأنّ الحجر سيدوم، وذلك لأنّ الله تعالى علّق دفع أموالهم إليهم على إيناس الرشد منهم، فإن لم يؤنس رشدهم فهم محجورون، والحجر عليهم بقضاءٍ تحصيل الحاصل.

وإلى هذا ذهب الشافعية، والحنابلة، ومحمّد بن الحسن الشيباني، وهو قول محمّد بن القاسم من المالكية.

←

أمّا عندنا فلا يتوقّف أصلاً على حكم الحاكم، بل كلّ شخص يعرفه السفيه من غيره، وإذا عرفه يلزمه أن لا يعامله، ولو عامله كانت معاملته باطلة سواء كان قد حكم الحاكم أم لا[1].

← **وثانيهما**: افتقاره إلىٰ قضاء قاضٍ.

وهو المذهب عند المالكية، ورأي أبي يوسف القاضي.

ولذلك أجاز مالك تصرّفاته قبل الحجر عليه، وهو ما يسمّىٰ عندهم بالسفيه المهمل؛ لأنّ الحجر على السفيه لمعنىٰ النظر له، وهو متردّد بين النظر والضرر، ففي إبقاء الملك له نظر، وفي إهدار قوله ضرر، وبمثل هذا لا يترجّح أحد الجانبين منه إلّا بقضاء القاضي.

وأمّا النوع الثاني فقد اختلف فقهاؤهم فيه على ثلاثة آراء:

الأوّل: لا يكون محجوراً عليه إلّا بعد قضاء قاضٍ بذلك؛ لخبرين ذكروهما في المقام، ولأنّ التبذير يختلف فيحتاج إلى الاجتهاد، وإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلّا بحكم الحاكم، كالحجر على المفلّس.

وهذا هو المذهب عند الحنابلة، والراجح عند الشافعية، وبه قال أبو يوسف من الحنفية، وهو مذهب مالك وأصحابه ما عدا محمّد بن القاسم.

ولا يحجر عليه إلّا الحاكم، فإذا أراد الوالد أن يحجر على ولده أتىٰ الإمام ليحجر عليه.

الثاني: لا يفتقر إلى قضاء قاضٍ؛ لأنّه يكون محجوراً عليه بمجرّد كونه مبذّراً، كما أنّ إصلاحه لماله يطلقه من الحجر نظراً لوجود الموجب وزواله، فأشبه المجنون.

وهو ما ذهب إليه محمّد بن الحسن من الحنفية، ومحمّد بن القاسم من المالكية، والمرجوح عند الشافعية.

الثالث: التفصيل، وهو أنّه إن زال الحجر برشده بعد البلوغ بلا حكم حاكم ثمّ سفه عاد بلا حكم حاكم، وإن زال عنه بحكم حاكم فلا بدّ من قضاء القاضي بعودته. وذلك لأنّه كما رفع بقضاءٍ فلا يعود إلّا بقضاءٍ.

وهو الوجه الآخر عند الحنابلة.

راجع: المبسوط للسرخسي ٢٤: ١٦٣، بدائع الصنائع ١٠: ٨٣ ـ ٨٤، المبدع ٤: ٣٠٣ و٣١٣ ـ ٣١٤، مواهب الجليل ٥: ٦٤، مغني المحتاج ٢: ١٧٠.

(١) قال المقدّس الأردبيلي في تعليقه على قوله العلامّة: (ويثبت حجر السفيه بحكم الحاكم) ←

....

← ما نصّه:

(المراد ثبوت حجر السفيه بالمعنىٰ المتقدّم بعد أن صار رشيداً، أو زال حجره ثمّ صار سفيهاً بحيث لو كان قبله لكان ممنوعاً ومحجوراً. هكذا ينبغي التقييد، فإنّ الظاهر أن لا نزاع في أنّه يثبت الحجر على السفيه المتّصل سفهه بعدم البلوغ بمجرّد السفه وعدم توقّفه على حكم الحاكم.

وكذا زواله بزواله من دون الحكم؛ للآية، بل الإجماع على ما فهم من شرح الشهيد، ولما سيأتي، فتأمّل). (مجمع الفائدة ٩: ٢١٨ ـ ٢١٩).

فالظاهر أنّ مقصود الشيخ المؤلّف رحمه الله هو هذا المعنىٰ، وإلّا ففيه خلاف خلاصته ما قاله الشهيد الثاني في المسالك:

(وأمّا السفيه ففي توقّف الحجر عليه على حكمه [أي: حكم القاضي] أو الاكتفاء بظهور سفهه قولان، وكذا اختلف في ارتفاعه بزوال سفهه أو توقّفه على الحكم.

ووجه التوقّف عليهما ـ وهو الذي اختاره المصنّف ـ: أنّ الحجر حكم الشرعي لا يثبت ولا يزول إلّا بدليل شرعي، وأنّ السفه أمر خفي، والأنظار فيه تختلف، فناسب كونه منوطاً بنظر الحاكم.

ووجه عدم التوقّف فيهما: أنّ المقتضي للحجر هو السفه، فيجب تحقّقه، وإذا ارتفع زال المقتضي، فيجب أن يزول هو لظاهر قوله تعالى: **﴿فإن آنستُم مِنهُم رُشداً فادفَعُوا إليهِم أموَالهُم﴾** (سورة النساء ٤: ٦)، حيث علّق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلو توقّف معه على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحاً، ومفهوم الشرط حجّة عند المحقّقين. والمفهوم هنا أنّه مع إيناس الرشد لا يدفع إليهم، فدلّ على أنّ وجود السفه وزواله كافيان في إثبات الحجر ورفعه؛ لأنّ السفه والرشد متقابلان، ولظاهر قوله تعالىٰ: **﴿فإن كانَ الذي عليهِ الحقّ سَفيهاً﴾** الآية (سورة البقرة ٢: ٢٨٢)، أثبت عليه الولاية بمجرّد السفه، فتوقّفها على أمر آخر يحتاج إلى دليل، والآية الأُخرى تساق لرفعه، كما مرّ. وهذا هو الأقوىٰ). (المسالك ٤: ١٥٨ ـ ١٥٩).

ولاحظ: التحرير ١: ٢١٩، جامع المقاصد ٥: ١٩٦، الروضة البهيّة ٤: ١٠٧، مفاتيح الشرائع ٣: ١٥٧، الحدائق ٢٠: ٣٦٠، الرياض ٩: ٢٥٢، الجواهر ٢٦: ٩٧.

←

بل لا حاجة إلى حكمه أصلاً، وإنّما يلزم الحكم في صوص المفلّس، كما سيأتي توضيح هذه المباحث وتحريرها(١).

(مادّة: ٩٦٣) لايحجر على الفاسق بمجرّد سبب فسقه ما لم يبذّر(٢).

قد يبلغ الفسق إلى السفه، بل إلى أعلى مراتب السفه، فإنّ شارب الخمر فاسق وسفيه، وأمّا إذا كان مدمناً فهو مجنون، بل في أعلى مراتب السفه والجنون!

ومن الجدير أن لا يعامل شارب الخمر ولا يصاهر، كما في كثير من

← وممّن ذهب إلىٰ أنّ حجر السفيه لا يثبت إلّا بحكم الحاكم: الشيخ في المبسوط ٢:٢٨٦، والمحقّق في الشرائع ٢:٣٥٣، والعلامّة في التذكرة ٢:٧٧ والمختلف ٥:٤٦٢، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٢:٥٥ ـ ٥٦.

(١) سيأتي في ص٢٤٤ و٢٤٩.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ لم ترد كلمة: (سبب)، ووردت آخر المادّة زيادة تعبير: **(ويسرف في ماله)**.

والمذكور في هذه المادّة هو ما عليه الجمهور (الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو الأصحّ عند الشافعية).

وهو: أنّ الفاسق إذا لم يكن سفيهاً مبذّراً لماله لا يحجر عليه؛ لأنّ مجرّد الفسق فقط لا يوجب الحجر؛ لأنّ الأوّلين لم يحجروا على الفسقة، ولأنّ الفسق لا يتحقّق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه؛ لعدم الملازمة بينهما.

وذهب الشافعية في مقابل الأصحّ إلىٰ: أنّ الفاسق يحجر عليه، كالاستدامة بأن بلغ فاسقاً.

قارن: بدائع الصنائع ١٠:٨٢، المغني ٥:٥١٦ ـ ٥١٧، القوانين الفقهية ٢١١، تبيين الحقائق ٥:١٩٨، الفتاوى الهندية ٥:٦٠، مغني المحتاج ٢:١٦٨، حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٧، اللباب ٢:٧٥.

الأخبار النبوّية[١]، وهكذا كثير من الكبائر مثل: الربا والقمار والزنىٰ وأخويه، عافاك الله أيّها المسلم من هذه الخبائث التي هي سوس الهيئة الاجتماعية التي تنخر في عظامها حتّى تبلى وتتلاشى، والله ولي العصمة والتوفيق.

أمّا:

(مادّة: ٩٦٤) يحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرّتهم للعموم، كالطبيب الجاهل[٢].

و(مادّة: ٩٦٥)[٣].

---

(١) كالذي روي عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام أنّه قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: شارب الخمر لا يزوّج إذا خطب».
وكرواية أبي الربيع عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من شرب الخمر بعدما حرّمها الله علىٰ لساني فليس بأهل أن يزوّج إذا خطب».
وكرواية أُخرى عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: شارب الخمر إن مرض فلا تعودوه» إلى أن قال: «وإن خطب فلا تزوّجوه» الحديث.
هذا من طرقنا.
أمّا من طرق أهل السنّة فكالرواية التي رويت من طريق ابن عبّاس: «من زوّج ابنته أو واحدة من أهله ممّن يشرب الخمر فكأنّما قادها إلى النار».
انظر: الكافي ٥:٣٤٧ ـ ٣٤٨ و٦:٣٩٧، التهذيب٧:٣٩٨، كنز العمّال ٥:٣٥٧، الوسائل مقدّمات النكاح وآدابه ٢٩:١ ـ ٥ (٢٠:٧٩ ـ ٨٠).

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ ورد: (يضرّون بالعامّة) بدل: (تكون مضرّتهم للعموم)، ووردت آخر المادّة زيادة عبارة: (**لكن المراد هنا من الحجر: المنع من إجراء العمل، لا منع التصرّفات القولية**).
راجع: تبيين الحقائق ٥:١٩٣، الفتاوى الهندية ٥:٥٤، حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٧، اللباب ٢:٦٨.

(٣) وردت هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٠ ـ ١١١ بالصيغة التالية:

←

فكلاهما خارجان عن الحجر الشرعي الاصطلاحي، بل هما من الحجر اللغوي أو السياسي.

→ (إذا اشتغل أحد بصنعة أو تجارة في سوق فليس لأرباب هذه الصنعة أو التجارة أن يحجروه أو يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة بداعي أنّه يطرأ على ربحهم وكسبهم نقص وخلل).

لاحظ حاشية ردّ المحتار ٥:٤٤٨.

الفصل الثاني

في المسائل المتعلّقة بالصغير والمجنون والمعتوه

(مادّة: ٩٦٦) لا تصحّ تصرّفات الصغير غير المميّز القولية[١].

عبارات الصبي غير المميّز كالمجنون لا أثر لها أصلاً؛ لأنّه لا يعرف قصد الإنشاء بها، بخلاف الصبي المميّز الذي يتمكّن من قصد الإنشاء.

ولا أعرف للتقييد بالقولية وجهاً مع أنّ جميع تصرّفات غير المميّز لا أثر لها.

(مادّة: ٩٦٧) يعتبر تصرّف الصغير المميّز إذا كان في حقّه نفع محض وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه، كقبول الهدية والهبة[٢].

---

(١) وردت آخر المادّة زيادة: (**مطلقاً وإن أذن له وليّه**) في مجلّة الأحكام العدلية ١١١.
راجع: بدائع الصنائع ٨٧:١٠، الفتاوى الهندية ٥٤:٥، حاشية ردّ المحتار ١٤٣:٦، اللباب ٦٧:٢.

(٢) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١١ ـ هي:
(ولا يعتبر تصرّفه الذي هو في حقّه ضرر محض وإن أذن بذلك وليّه وأجازه، كأن يهب لآخر شيئاً.
أمّا العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتنعقد موقوفة على إجازة وليّه، ووليّه مخيّر في إعطاء الإجازة وعدمها. فإن رآها مفيدة في حقّ الصغير أجازها، وإلّا فلا.
مثلاً: إذا باع الصغير المميّز مالاً بلا إذن وإن كان قد باعت بأزيد من ثمنه يكون نفاذ ذلك
←

هذا من الاستحسان الحسن عقلاً بل وعرفاً. أمّا شرعاً فمقتضى الأحاديث الكثيرة المشتملة على مثل قوله عليه السلام: «رفع القلم عن الصبي حتّى يبلغ، وعن المجنون حتّى يفيق»(١) عدم اعتبار جميع تصرّفاته له أم عليه أم لا له ولا عليه، إلّا ما ورد به الدليل الخاصّ مثل: وصية من بلغ عشراً إذا كانت بالمعروف أو مطلقاً(٢).

ولكن يمكن تخريج وجه لما ذكرته (المجلّة) من مجموع الأدلّة الشرعية والاعتبارات العقلية.

ولكن الأحسن والأحوط اعتبار إجازة الولي، ولا شكّ أنّ الولي يجيز ما فيه المصلحة للصغير، وهو أعرف بالنافع له من الضارّ.

نعم، وكلّ ما جاز للولي أن يتصرّف فيه من أموال الصغير جاز له أن يأذن للصغير بمباشرته.

أمّا لو باع الصغير ثمّ أجاز نفسه بعد بلوغه فصحّته غير معلومة، إلّا على وجه بعيد في باب الفضولي.

← البيع موقوفاً على إجازة وليّه؛ لأنّ عقد البيع من العقود المتردّدة بين النفع والضرر في الأصل).

انظر: بدائع الصنائع ١٠:٨٧، الفتاوى الهندية ٥:٥٤ و١١٠، حاشية ردّ المحتار ٦:١٧٣.

(١) ورد الحديث بأدنىٰ تفاوت في: مسند أحمد ١:١١٨ و٦:١٠٠، ١٤٤، سنن الدارمي ٢:١٧١، سنن ابن ماجة ١:٦٥٨، سنن أبي داود ٤:١٤١، سنن الترمذي ٤:٣٢، سنن النسائي ٦:١٥٦، الكافي ٢:٤٦٣، الخصال ١:٩٣ ـ ٩٤ و١٧٥، الفقيه ١:٥٩، السنن الكبرى للبيهقي ٤:٢٦٩ و٦:٨٤،٢٠٦، مجمع الزوائد ٦:٢٥١، تلخيص الحبير ١:١٨٣، كنز العمّال ٤:٢٣٦، الوسائل جهاد النفس ٥٦:١ (١٥:٣٦٩)، البحار ٢:٢٨٠.

(٢) لاحظ الوسائل الوصايا ٤٤ (١٩:٣٦٠).

وعلى تلك القاعدة تبنىٰ:

(مادّة: ٩٦٨) للولي أن يسلّم الصغير المميّز مقداراً ...[١].

ومستنده قوله تعالى: **﴿فإن آنستُم مِنهُم رُشداً فادفَعُوا إليهِم أموَالَهُم﴾**[٢].

فإنّ التعبير بآنستم إشارة إلى كفاية العلامات والأمارات في الحكم بالرشد.

ولذا يجب أن يمتحن الصغير متى تظهر عليه أمارات الرشد فتدفع إليه أمواله.

وبالضرورة أنّ معاملاته بعد بلوغه في خلال امتحان رشده تكون مراعاة بالمصلحة، فما كان منها على منهاج العقلاء وأهل السداد تكون ماضية صحيحة، وما لم يكن منها على ذلك المنهاج تكون باطلة، ولا تجدي إجازة الولي في صحّتها.

وتلخّص من كلّ ما ذكر: أنّ أعمال الصبي غير المميّز قولاً وفعلاً لغو صرف مع الإجازة والإذن وبدونهما.

أمّا المميّز قبل البلوغ فأعماله كذلك قولاً وفعلاً مع الإذن أو الإجازة نافذة ماضية مطلقاً ما لم يتبيّن الضرر فيها على الصبي.

---

(١) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١١:

(من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة، فإذا تحقّق رشده دفع وسلّم إليه باقي أمواله).

قارن: بدائع الصنائع ١٠:٨٧ و ١٤٠، الفتاوى الهندية ٥:٥٤.

(٢) سورة النساء ٤:٦.

أمّا بعد البلوغ قبل تبيّن الرشد فالصحيح منها ما ثبتت فيه المصلحة وموافقة العرف والعادة، وما لم يتبيّن فيه باطل حتّى مع الإذن والإجازة، فافهم ذلك واعرف وجهه بالتأمّل.

(مادّة: ٩٦٩) العقود المكرّرة التي تدلّ على أنّه قصد منها الربح هي إذن بالأخذ والإعطاء.

مثلاً:... إلى آخرها[١].

صحّة تصرّف الصبي المميّز الموقوفة على إذن الوليِ تتبع مقدار الإذن عموماً أو خصوصاً، فقوله: بع واشتر، إذن عامٌّ في أنواع البيع والشراء، وأمره بإجراء عقد واحد إذن خاصٌّ.

ولا نعرف فرقاً ذا أثر عملي بين الإذن وبين التوكيل والاستخدام.

وهل التوكيل والاستخدام إلّا نحو من الإذن، وكذلك الأمر بالبيع والشراء أو غيرهما أيضاً ليست حقيقة إلّا الإذن؟ العبارات شتّى والطرق كثيرة والغاية والحقيقة واحدة.

---

(١) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١١:

(لو قال الولي للصغير: بع واشتر، أو قال له: بع واشتري مالاً من الجنس الفلاني، فهو إذن بالبيع والشراء.

وأمّا أمر الولي الصبي بإجراء عقد واحد فقط ـ كقوله له: اذهب إلى السوق واشتر الشيء الفلاني أو بعه ـ فليس بإذن البيع والشراء، بل إنّما يعدّ من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المتعارف والمعتاد).

انظر: تبيين الحقائق ٥:٢٠٥، الفتاوى الهندية ٥:٦٥، حاشية ردّ المحتار ٦:١٥٥ وما بعدها، اللباب ٢:٢٢٣ ـ ٢٢٤.

ومن هنا تعرف الوهن في:

(مادّة: ٩٧٠) لا يتقيّد ولا يتخصّص...[١].

لا نعرف وجهاً لعدم صلاحية إذن الولي للتقييد أو التخصيص بمكان أو زمان، وسيّما بعد أن عرفت أنّ الوكالة والإذن وإن اختلفا مفهوماً ولكنّهما متّحدان أثراً وحكماً، وكلّ وكالة إذن، ولا عكس.

ولاريب بالاتّفاق أنّ الوكالة تصلح لكلّ قيد، فالإذن كذلك؛ لأنّ حكم الأمثال واحد، ولا نصّ في البين يجوّز في هذا ويمنع في ذاك.

نعم، قد يعلّل ذلك بأنّ: الإذن إسقاط، والإسقاط لا يصلح للتقييد[٢].

وهو وهم في وهم وسبك خطأ في خطأ، فلا الإذن إسقاط ولا الإسقاط لا يقبل التخصيص، بل يقبله.

بيان ذلك: أنّ الولاية نوعان: نوع قهري إجباري، وآخر اختياري جعلي. فالأوّل كولاية الأب والجدّ والحاكم الشرعي، فإنّها لا تقبل الإسقاط،

---

(١) نصّ هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١١ ـ هو:

(لا يتقيّد ولا يتخصّص إذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشراء.
مثلاً: لو أذن الولي للصغير المميّز يوماً وشهراً يكون مأذوناً على الإطلاق ويبقىٰ مستمرّاً علىٰ ذلك الإذن ما لم يحجره الولي.
كذا لو قال له: بع واشتر في السوق الفلاني، يكون مأذوناً في البيع والشراء في كلّ مكان.
كذلك لو قال له: بع واشتر المال الفلاني، فله أن يبيع ويشتري كلّ جنس المال).

راجع: تبيين الحقائق ٢٠٣:٥، الفتاوى الهندية ٦٥:٥، تكملة البحر الرائق ٨٦:٨، حاشية ردّ المحتار ١٥٥:٦.

(٢) لاحظ درر الحكّام ٦١٣:٢.

والثاني كولاية منصوب الحاكم الشرعي، فإنّ له أن يسقط ولاية نفسه ويستقيل بخلاف الأوّل، فإنّه لو أسقط ولايته لا تسقط.

مضافاً إلى أنّ الإذن ليس إسقاطاً للولاية؛ إذ ليس إذن الأب أو الجدّ للصبي المميّز بأن يبيع أو يشتري إسقاط لولايتهما، بل هو عين إعمال الولاية وإعطاء الرخصة كإعطاء المالك الرخصة لآخر في التصرّف بماله، فليس معنى ذلك أنّه أسقط ملكيته وولايته على ماله بإعطاء الرخصة في التصرّف لغيره، فكذلك إعطاء الولي الرخصة ليس معناه إسقاط الولاية.

هذا **أوّلاً**.

وأمّا **ثانياً**: فلو سلّمنا فرضاً أنّ الولاية إسقاط، ولكن لا مانع من تقييد الإسقاط بزمان أو مكان، فإنّ للدائن أن يطالب مدينه بحقّه في كلّ مكان وكلّ زمان.

أمّا لو قال له: أسقطت عنك حقّ المطالبة يوم الجمعة أو في شهر رمضان أو في مكّة المشرّفة أو المدينة المنوّرة، لزم ذلك ولم يكن له حقّ المطالبة في تلك الأزمنة أو الأمكنة، وهو تقييد مفيد، فلا يكون لغواً، فتدبّره جيّداً واعرفه أصلحك الله.

(مادّة: ٩٧١) كما يكون الإذن صراحةً يكون دلالةً.

فلو رأى الولي الصغير يبيع ويشتري ولم يمنعه وسكت يكون قد أذنه دلالةً[1].

---

(١) ورد: (أيضاً. مثلاً: لو) بدل: (فلو)، ووردت زيادة: (المميّز) بعد كلمة: (الصغير)، ←

تقدّم غير مرّة أنّ السكوت بذاته لا يدلّ على شيء ولا أثر له، وإنّما المدار على القرائن التي تقرن به[١].

وكان هذا غنياً عن البيان؛ لوضوحه وتقدّمه، كوضوح:

(مادّة: ٩٧٣) للولي أن يحجر على الصغير بعدما أذنه[٢].

الإعلام والتعميم وسيلة، ولا يتوقّف عليها الحكم، وهو أمر استحساني لا ضروري، فلو أذن له ثمّ منعه ـ بعد ذلك ـ صحّت معاملاته الواقعة بعد الإذن، وبطل الواقع منها بعد الرجوع سواء علم الولي بذلك وأعلم أم لا، فتدّبره.

وحيث إنّ المهم في باب الحجر الذاتي تعيّن الأولياء تعرّضت (المجلّة) لبيانهم في:

(مادّة: ٩٧٤) ولي الصغير في هذا الباب:

← ورود تقديم: (سكت) على: (لم يمنعه) في مجلّة الأحكام العدلية ١١١.

قارن: بدائع الصنائع ١٠:١٣٨ و١٣٩، الفتاوى الهندية ٥:٦٥ و١١٣، حاشية ردّ المحتار ٦:١٧٣.

(١) تقدّم في ج ١ ص١٧٨.

(٢) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١١ ـ ١١٢:

(ويبطل ذلك الإذن. ولكن يشترط أن يحجره على الوجه الذي أذنه به.

مثلاً: لو أذن الصغير وليّه إذناً عامّاً فصار ذلك معلوماً لأهل سوقه ثمّ أراد أن يحجر عليه فيشترط أن يكون الحجر عامّاً ليصير معلوماً لأكثر أهل ذلك السوق، ولا يصحّ حجره عليه بمحضر رجلين أو ثلاثة في داره).

لاحظ الفتاوى الهندية ٥:٨٦.

أوّلاً: أبوه.

ثانياً: الوصي... إلى الآخر[١].

وهذا كلّه ـ مع أنّه تطويل بلا فائدة ـ غير واف بجميع أنواع الأولياء.

---

(١) تكملة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢:

(الذي اختاره أبوه ونصبّه في حال حياته إذا مات أبوه.

ثالثاً: الوصي الذي نصبّه الوصي المختار في حال حياته إذا ماتا.

رابعاً: جدّه الصحيح، أي: أبو الأب الصحيح، أو أبو أبي الأب.

خامساً: الوصي الذي اختاره هذه الجدّ ونصبّه في حال حياته.

سادساً: الوصي الذي نصبّه هذا الوصي.

سابعاً: القاضي، أو الوصي الذي نصبّه القاضي.

وأمّا الأقارب ـ كالإخوان والأعمام وغيرهم ـ فإذنهم غير جائز إذا لم يكونوا أوصياءً).

والمذكور في (المجلّة) هو ما ذهب إليه الحنفية.

وذهب الشافعية إلىٰ: أنّ الأولىٰ الأب، ثمّ الجدّ؛ لأنّهما أشفق عليه، ثمّ القاضي أو السلطان.

وذهب المالكية والحنابلة إلىٰ: أنّ الأولىٰ بالولاية الأب، ثمّ وصيّه.

وزاد الحنابلة: إن لم يوص الأب فللحاكم أن يقيم أميناً في النظر في أقواله. وهو ما رجّحه ابن تيمية. ثمّ بعد وصي الحاكم.

وزاد الحنابلة: إن لم يوجد الحاكم فأمين يقوم به.

وقد اتّفق الحنفية والشافعية والحنابلة على أنّ الولاية في حالة السفه المستمرّ بعد البلوغ للسلطان، أو للقاضي فقط؛ لأنّه هو الذي يعيد عليه الحجر ويفكّه؛ إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت، فينظر له من له النظر العامّ.

وهو الراجح من قولي الشافعية، وهو القياس عند الحنفية، وقيل: هو قول أبي يوسف.

أمّا الرأي المرجوح عند الشافعية، والاستحسان عند الحنفية ـ وقيل: هو قول الشيباني ـ: فالأولىٰ بذلك هو من ذكر في السفه الاستمراري.

انظر: بداية المجتهد ٢: ٢٨٠ و٢٨١، مغني المحتاج ٢: ١٧٠، كشّاف القناع ٣: ٤٤٦ ـ ٤٤٧ و٤٥٢، الفتاوى الهندية ٥: ١١٢، حاشية ردّ المحتار ٦: ١٧٤.

والضابطة الجامعة ـ مع اختصارها ـ هي: أنّ أولياء الصبي أبوه وجدّه في رتبة واحدة، ومن سبق تصرّفه كان هو النافذ وبطل الثاني، ولو اقترنا مع التنافي بطلا، ومن بعدهما منصوبهما أو منصوب أحدهما.

ولا ولاية لأحد غير هؤلاء من قريب أو بعيد، إلّا الحاكم الشرعي أو منصوبه مع فقد أُولئك أو عدم أهليتهم بقصور أو خيانة.

ولعلّ إلى هذا أشارت:

(مادّة: ٩٧٥) للحاكم أن يأذن للصغير المميّز عند امتناع الولي(١).

وقد يؤدّي هذا إلى الخلاف بين الولي والحاكم، فالولي يمنع؛ لأنّه لا يرى المصلحة، والحاكم يأذن؛ لأنّه يراه صالحاً، فيكون المتّبع رأي الحاكم على تأمّل وإن جزم به أصحاب (المجلّة).

(مادّة: ٩٧٦) إذا توفّي الولي الذي جعل الصبي مأذوناً، فيبطل إذنه(٢).

فإنّ الإذن والإباحة يبطلان بموت الآذن والمبيح، كما تبطل الوكالة

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢ وردت المادّة بلفظ:

(إذا رأى الحاكم منفعة في تصرّف الصغير المميّز وامتنع أوّلاً الولي المقدّم على الحاكم عن إعطاء الإذن فللحاكم أن يأذن الصغير في ذلك الخصوص).

راجع: الفتاوى الهندية ٥:١١٢، حاشية ردّ المحتار ٦:١٧٥.

(٢) وردت زيادة آخر المادّة بصيغة: (**ولكن لا يبطل إذن الحاكم بوفاته ولا بعزله**) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢.

لاحظ: الفتاوىٰ الهندية ٥: ١١٣، حاشية ردّ المحتار ٦: ١٧٥.

بموت الموكّل؛ لأنّ الجميع إذن، ومن خصوصيات الإذن اللازمة له لذاته زواله بزوال الآذن حاكماً كان أو غيره.

فالتفكيك بين الحاكم وغيره ـ كما في (المجلّة) ـ لا وجه له أصلاً.

نعم، لو نصب الحاكم ولياً على قصير أو جعل متولياً على وقف ومات الحاكم فإنّ الولاية لا تبطل بموته.

والفرق بين الإذن والولاية ظاهر بأدنى تأمّل.

ثمّ إنّك عرفت من فحاوي كلماتنا المتتابعة في هذا المجال أنّ أصل الولاية على الصغير إنّما هي لأبيه وجدّه، وبعد فقدهما أو عدم أهليتهما تعود للحاكم.

وعليه فلو أذن الحاكم للصغير مع وجود أبيه أو جدّه ووجود المسوّغ الشرعي لهذا الإذن ثمّ مات الحاكم فلا ريب أنّ الولاية للأب والجدّ على حالها لا تزول ولم تزل، إنّما عطّلها في المورد الخاصّ معارضة الحاكم وقد زالت بموته، فتعود ولايتهما كما كانت على القاعدة المعروفة: (إذا زال المانع عاد الممنوع)[١].

وعليه فلا وجه لما في:

(مادّة: ٩٧٧) للحاكم أن يحجر الصغير الذي أذنه، وليس لأبيه... إلى الآخر[٢].

---

(١) تقدّمت هذه القاعدة في ج١ ص١٤٥.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢ وردت المادّة بالصيغة التالية:

←

(مادّة : ٩٧٨) المعتوه في حكم الصبي المميّز[١].

بل الأكثر في المعتوهين أنّهم كالصبي غير المميّز، وليس لهذا ضابطة كليّة، والمعتوهون مختلفون، وإرجاع التعيين إلى العرف أو إلى حاكم الشرع أولى.

نعم، لا إشكال بأنّ المجنون المطبق بحكم غير المميّز، كما في:

(مادّة : ٩٧٩)[٢].

كما لا إشكال في:

(مادّة : ٩٨٠)[٣].

أمّا:

← **(الصغير المأذون من حاكم يجوز أن يحجر عليه من ذلك الحاكم أو من خلفه ، وليس لأبيه أو لغيره من الأولياء أن يحجر عليه عند موت الحاكم أو عزله)**.

قارن الفتاوى الهندية ٥:١١٢.

(١) ورد: (الصغير) بدل: (الصبي) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢.

انظر: الفتاوى الهندية ٥:٥٤ و١١٢، حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٤ و١٤٥ و١٧٤.

(٢) وصيغتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢ ـ هي:

(المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميّز).

لاحظ حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٤.

(٣) صيغة هذه المادّة الواردة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢:

(تصرّفات المجنون غير الطبق في حال إفاقته كتصرّفات العاقل).

راجع حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٤ و١٤٥.

(مادّة: ٩٨١)[١] فقد تقدّم[٢] في: (مادّة: ٩٦٨) ما يغني عنها وعن:

(مادّة: ٩٨٢) إذا بلغ الصبي غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقّق رشده[٣].

ولازم عدم جواز الدفع ضمانه لو تلف المال في يد الصبي الذي لم يبلغ الرشد، كما في:

(مادّة: ٩٨٣) و(مادّة: ٩٨٤)[٤].

وحقّ المادّتين أن يجمعا في مادّة واحدة، فيقال:

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢:

(لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه، بل يجرّب بالتأني، فإذا تحقّق كونه رشيداً تدفع إليه أمواله حينئذٍ).

قارن: بدائع الصنائع ١٠:٨٧ و١٤٠، الفتاوى الهندية ٥:٥٤، حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٩.

(٢) تقدّم في ص٢٢٧.

(٣) ورد: (رشيد) بدل: (الرشيد)، و: (حتّى) بدل: (ما لم)، ووردت آخر المادّة زيادة: **(ويمنع من التصرّف كما في السابق)** في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢.

وعند الشيباني: يكون محجوراً عليه من غير حجر، وعند أبي يوسف: أنّه قبل أن يحجر عليه القاضي تنفذ صحيح تصرّفاته.

راجع: بدائع الصنائع ١٠:٨٧ و١٤٠، الفتاوى الهندية ٥:٥٦، حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٩ ـ ١٥٠.

(٤) صيغة هاتين المادّتين في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢ كالآتي:

(مادّة: ٩٨٣) إذا دفع وصي الصغير ماله إليه قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير أو أتلفه يضمن الوصي.

(مادّة: ٩٨٤) إذا أعطئ إلى الصغير ماله عند بلوغه ثمّ تحقّق كونه سفيهاً يحجر عليه من قبل الحاكم.

وكمصدر لهاتين المادّتين لاحظ حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٦ و١٥٠ و١٥٢.

ولي الصغير لو دفع له المال قبل ثبوت رشده أو قبل بلوغه، فإن كان المال موجوداً انتزعه منه للحجر عليه، وإن كان تالفاً كان ضامناً.

وحيث كان من المعلوم اعتبار البلوغ والرشد في زوال الحجر عن الصبي والرشد يعرف بالاختبار والامتحان في معاملاته، كما مرّ[١].

أمّا البلوغ فيعرف بعلامات بعضها طبيعية ذاتية وبعضها جعلية شرعية.

أمّا الطبيعية فهي: الاحتلام في الذكر بل والأُنثى إن تحقّق فهو علامة لها أيضاً، وكذا الإنبات ـ أي: نبات الشعر على العانة ـ ولم تذكره (المجلّة)، والحيض في الإناث والحبل، وهي علامة مسبوقة غالباً بالحيض، كما أنّ الحيض مسبوق بالإنبات غالباً.

وأمّا الشرعية فهي: إكمال الخمسة عشر في الذكور والتسع في الإناث.

وكلّها علامات لشيء واحد وهو النضج والكمال وبلوغ حدّ الرجولية التي أثرها التوالد والتناسل وصلاحية الرجل فعلاً للإحبال والأُنثى أن تحبل، وتلك كواشف عن تلك الحقيقة والمرتبة.

ولكن لو كمل الذكر خمسة عشر حكم عليه بالبلوغ شرعاً بلغ تلك المرتبة أم لا، وكذا الأُنثى بالتسع.

نعم، لو علم بلوغ مرتبة الرجولية في من بلغ سنّه الاثني عشر أو أقلّ أو أكثر دون الخمسة عشر يحكم عليه بالبلوغ ويترتّب عليه آثار البالغ.

إذاً فهي علامة حيث لا علامة قبلها.

---

(١) مرّ في ص٢٢٧.

أمّا مع العلم والظنّ المعتبر فله حكمه، ومع الشاكّ فالخمسة عشر والتسع.

وإلى هذا أشارت:

(مادّة: ٩٨٥)[١] **و(مادّة: ٩٨٦)**[٢].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٢ وردت المادّة بصيغة:

(يثبت حدّ البلوغ بالاحتلام والإحبال والحيض والحبل).

انظر: بدائع الصنائع ١٠:٩٢، المغني ٤:٥١٣، المجموع ١٣:٣٦١، مجمع الأنهر ٢:٤٤٤، الفتاوى الهندية ٥:٦١، حاشية ردّ المحتار ٦:١٥٣، اللباب ٢:٧١.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣ هكذا:

(مبدأ سنّ البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة، وفي المرأة تسع سنوات، ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة.

وإذا أكمل الرجل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له: المراهق، وإذا أكملت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها: المراهقة، إلى أن يبلغا).

وهذا المذكور في هذه المادّة هو ما ذهب إليه صاحبا أبي حنيفة، وأمّا هو فقد ذهب إلىٰ: أنّ البلوغ في الرجل بإتمام ثماني عشرة سنة، وفي المرأة بإتمام سبع عشرة سنة.

والشافعي وابن حنبل ذهبا إلىٰ: أنّ حدّ البلوغ في الذكور سنّاً هو خمس عشرة سنة.

راجع: المبسوط للسرخسي ٢٤:١٦٢، بدائع الصنائع ١٠:٩٤، المغني ٤:٥١٤، فتح العزيز ١٠:٢٧٧، المجموع ١٣:٣٦١ ـ ٣٦٢، مغني المحتاج ٢:١٦٦، مجمع الأنهر ٢:٤٤٤، الفتاوى الهندية ٥:٦١، حاشية ردّ المحتار ٦:١٥٣ ـ ١٥٤، اللباب ٢:٧١.

ولا بأس في المقام بنقل كلام الشيخ الطوسي في الخلاف ٣:٢٨٢ ـ ٢٨٣، حيث قال ما نصّه:

(يراعى في حدّ البلوغ في الذكور بالسنّ خمس عشرة سنة. وبه قال الشافعي. [فتح العزيز ١٠:٢٧٧، مغني المحتاج ٢:١٦٦].

وفي الإناث تسع سنين. وقال الشافعي: خمس عشرة سنة مثل الذكور. [راجع المصدرين ←

ولكن ـ مما ذكرنا ـ يظهر لك أنّه لا محصّل لقوله في هذه المادّة: **وإذا أكمل الرجل اثنتي عشرة ولم يبلغ ...الخ.**

فإنّ بلوغ التسع وإكمالها هو البلوغ شرعاً، فأيّ معنى لقولهم: **أكملت تسعاً ولم تبلغ ؟!**

نعم، المراهق هو المقارب لسنّ البلوغ، كالثمان للصبية والإثني عشر للصبي، أو أوّل الخمسة عشر.

(مادّة: ٩٨٧) من أدرك سنّ البلوغ ولم تظهر فيه آثار البلوغ يعدّ بالغاً حكماً(١).

هذا هو البلوغ الشرعي، وهو البلوغ بالسنّ المخصوص تعبّداً، وتجري عليه أحكام البالغ.

← المتقدّمين].
وقال أبو حنيفة: الأُنثىٰ تبلغ باستكمال سبع عشرة سنة. [شرح معاني الآثار ٣:٢١٨، الفتاوى الهندية ٥:٦١].
وفي الذكور عنه روايتان:
إحداهما: يبلغ باستكمال تسع عشرة سنة، وهي رواية الأصل.
والأُخرى: ثمان عشرة سنة، وهي رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي. [راجع المصدرين المزبورين آنفاً].
وحكي عن مالك أنّه قال: البلوغ بأن يغلظ الصوت وأن ينشقّ الغضروف ـ وهو رأس الأنف ـ وأمّا السنّ فلا يتعلّق به البلوغ. [المجموع ١٣:٣٦٢].
وقال داود: لا يحكم بالبلوغ بالسنّ. [لاحظ المصدر السابق]).

(١) ورد: (عليه) بدل: (فيه) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣.
قارن: الفتاوى الهندية ٥:٦١، اللباب ٢:٧٢.

(مادّة: ٩٨٨) الصبي الذي لم يدرك سنّ البلوغ إذا ادّعاه لا تقبل دعواه[1].

اعترافات الصبي الذي لم يثبت بلوغه كلّها لاغية، وهذا منها، فالدعوى لا تثبت نفسها، بل تثبت بأماراتها.

(مادّة: ٩٨٩) إذا أقرّ المراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه، فإن كذّبه ظاهر الحال... الخ[2].

قد عرفت أنّ دعوى البلوغ لا تثبت بمجرّد الاعتراف، بل لابدّ من اعتبار الأمارات، وبمجرّد ادّعائه أنّه بالغ لا يترتّب عليه أثره له أو عليه.

فإن حصلت إحدى الأمارات المتقدّمة الشرعية أو الطبيعية فالعمل عليها أقرّ أو أنكر، وإن لم تحصل هي ولا حصل العلم من أمارات أُخرى بل حصل الظنّ أو الشكّ فلا عبرة بهما، بل المرجع إلى استصحاب عدم البلوغ.

---

(١) ورد: (ادّعىٰ البلوغ لا يقبل منه) بدل: (ادّعاه لا تقبل دعواه) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣.

انظر: الفتاوى الهندية ٥ :٦١، حاشية ردّ المحتار ٦ :١٥٤.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣وردت المادّة بهذه الصيغة:

(إذا أقرّ المراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فلا يصدّق إقراره إن كان ظاهر الحال مكذّباً له، بأن كانت جثّته لا تتحمّل البلوغ.

أمّا إذا كان ظاهر الحال غير مكذّب له ـ بأن كانت جثّته متحمّلة البلوغ ـ فيصدّق، وتكون عقوده وإقراراته نافذة معتبرة.

ولو أراد ـ بعد ذلك بمدّة ـ أن يفسخ تصرّفاته القولية ـ بأن يقول: إنّي لم أكن بالغاً في ذلك الوقت، أي: حين أقررت بالبلوغ ـ فلا يلتفت إلى قوله).

راجع: الفتاوى الهندية ٥ :٦١، حاشية ردّ المحتار ٦ :١٥٤، اللباب ٢ :٧٢.

وإقراره مع الشكّ لا أثر له أصلاً مراهقاً كان أو غير مراهق.

والخلاصة: أنّ القرائن إن كانت منصوصة أو مخصوصة ـ وهي ما ذكرناه ـ فالعمل عليها حتّى مع الشكّ يتعيّن، وإن لم يكن فلا عبرة بها ولو أفادت الظنّ، بل المعوّل على الاستصحاب، فتدبّره، ولله المنّة.

الفصل الثالث

في السفيه المحجور

(مادّة: ٩٩٠) السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميّز... إلى الآخر[1].

هذا هو القسم الرابع من أقسام المحجور عليهم.

ويقع الكلام في تشخيص موضوعه أوّلاً، ثمّ بيان أحكامه ثانياً.

أمّا الأوّل: فإن السفه ضدّ الرشد والسفيه يقابل الرشيد، وحيث إنّ الرشد هو: ملكة نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه المطابقة لأفعال العقلاء فالسفيه بخلافه.

مثلاً: من يبيع ماله بأقلّ من ثمن المثل ويشتري بأكثر من ثمن المثل فهو سفيه، ومن أنفق أكثر أمواله في الخمر غالباً والملاهي أو شطراً من أمواله فيها فهو سفيه، ومن يبيع ما يحتاجه فيصرفه فيما لا يحتاجه ممّا يسمّونه بالكماليات فهو سفيه، وهكذا أملاكه.

---

(١) تكملة المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣ ـ هي:

(وولي السفيه الحاكم فقط، وليس لأبيه وجدّه وأوصيائه حقّ الولاية عليه).

لاحظ: تبيين الحقائق ١٩٢:٥ و١٩٣ و١٩٥، الفتاوى الهندية ٥٥:٥ و٥٦، حاشية ردّ المحتار ١٤٨:٦ و١٤٩.

وتعيين مصاديقه موكول إلى عرف العقلاء، وهو يختلف باختلاف أنواع الأشخاص والأزمنة والأمكنة والظروف حتّى إنّ من ينفق أكثر أمواله في الخيرات والمبرّات زائداً على ما يليق بشأنه فضلاً عمّا إذا كان مجحفاً بعياله قد يعدّ عند العقلاء سفيهاً.

أمّا الثاني: فمعاملاته المالية باطلة مطلقاً حتّى ما يوافق فيها طريقة العقلاء.

والأصل في ذلك قوله تعالى: **﴿وَلا تؤتُوا السُفهآءَ أموالَكُم﴾**(١) بناءً على ما هو الظاهر من أنّ المراد: لا تعطوا أموالكم معاوضة عن أموالهم وإن كان بقيّة الآية قد تشعر بخلاف ذلك، ولكن الأخبار فيه كثيرة(٢).

وهذا النهي وضعي يقتضي فساد المعاملة، ولازم ذلك أن من ابتاع من السفيه مالاً ودفع له الثمن فأتلفه لا ضمان عليه، ويسترجع الولي المبيع سواء كان عالماً بسفهه أم لا، وكذا لو باعه شيئاً، فلا تصحّ معاملاته التعاوضية فضلاً عن معاملاته المجّانية كالهبة والعارية ونحوهما.

نعم، ليس هو مسلوب العبارة كغير المميّز، بل هو كالمميّز، فيصحّ أن يوكّل على عقد لغيره، كما يصحّ أن يعقد لنفسه بيعاً أو نكاحاً أو غيرهما، ولكن يبقى موقوفاً على إجازة الولي، ولا يسلّم إليه مال أصلاً، لا الذي له ولا الذي لغيره.

---

(١) سورة النساء ٤:٥.

(٢) راجعها في الوسائل الحجر ١:١ و ٣، ٢:٥، الوصايا ٤٤:٨ و٤٥:١٠ (١٨:٤٠٩ و ٤١٠ و٤١٢، ١٩:٣٦٣ و٣٦٩).

ولو سلّم إليه المال فتلف، فإن كان المال للغير فلا ضمان على السفيه، وإن كان له فالدافع ضامن.

والفرق بينه وبين الصبي المميّز أنّ ولي هذا أوّلاً أبوه أو جدّه، أمّا ولي السفيه فهو الحاكم الشرعي حتّى مع وجودهما أو وجود وصيهما.

(مادّة: ٩٩١) تصرّفات السفيه التي تتعلّق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصحّ[١].

يظهر من هذا أن الحجر على السفيه موقوف على حكم الحاكم حيث تقول (المجلّة): **لكن تصرّفاته قبل الحجر كتصرّفات سائر الناس.**

وأنت خبير بأنّ السفه أمر ذاتي ونقص في العقل والتفكير، فهو كالصغير والمجنون، فكما أنّ الحجر فيهما وفي المعتوه لا يتوقّف على حكم الحاكم ـ لاستناده إلى أمر ذاتي ـ فكذلك السفيه.

ومن هنا اتّفقت الإمامية ظاهراً على أنّ الحجر عليه غير موقوف على الحكم[٢]، بل كلّ معاملة مالية تقع مع السفيه فهي باطلة سواء علم وقتها بأنّه سفيه أم لا.

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣ هكذا:

(تصرّفاته السفيه القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة، ولكن تصرّفاته قبل الحجر نافذة كتصرّفات سائر الناس).

وهذا هو مذهب أبي يوسف، وأمّا محمّد بن الحسن فتصرّفات السفيه القولية عنده غير نافذة مطلقاً.

قارن: تبيين الحقائق ٥:١٩٥، الفتاوى الهندية ٥:٥٦.

(٢) تقدّم الكلام حول مصادر ومتعلّقات هذه المسألة في ص ٢٢٠ (الهامش الأوّل)، فراجع.

نعم، لو أجازه الولي ـ لوقوعها موافقة لمعاملات العقلاء ـ نفذت، كما نبّهت عليه (المجلّة) في:

(مادّة: ٩٩٣) إذا باع السفيه المحجور...[(١)].

ثمّ إنّ من أحكام السفيه: لزوم إنفاق الولي عليه ـ وهو الحاكم ـ بالقدر المناسب لحاله وشأنه، وكذا على عياله الواجبي النفقة عليه، كما في:

(مادّة: ٩٩٢)[(٢)].

ومن أحكامه أيضاً: ما في:

(مادّة: ٩٩٤) لا يصحّ إقرار السفيه[(٣)].

---

(١) تكملة هذه المادّة ـ كما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣ ـ هكذا:
(شيئاً من أمواله لا يكون بيعه نافذاً، ولكن إذا رأى الحاكم فيه منفعة يجيزه).
انظر: تبيين الحقائق ٥:١٩٥، الفتاوى الهندية ٥:٥٦ و٥٧، اللباب ٢:٦٩.

(٢) وصيغتها في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣:
(ينفق على السفيه المحجور وعلىٰ من لزمته نفقتهم من ماله).
راجع: تبيين الحقائق ٥:١٩٧، مغني المحتاج ٣:٤٢٨، كشّاف القناع ٣:٤٤١، مجمع الأنهر ٢:٤٤٣، الفتاوى الهندية ٥:٥٨، اللباب ٢:٧٠.

(٣) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣ ـ هي:
(المحجور بدين لآخر مطلقاً.
يعني: ليس لإقراره تأثير في حقّ أمواله الموجودة وقت الحجر والحادثة بعده).
وهذه المسألة ـ أعني: مسألة: ما لو أقرّ السفيه بدين أو إتلاف مال أو بعين في يده ـ من المسائل المهمّة، ولدىٰ فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة ثلاثة آراء:
الرأي الأوّل: عدم صحّة إقراره سواء أسند وجوب المال إلى ما قبل الحجر أم ما بعده، كالصبي، أنّه محجور عليه لحفظ ماله. فلوقلنا بصحّة إقراره توصّل بالإقرار إلى إبطال معنىٰ
←

وأنّ الحقوق الثابتة عليه شرعاً يؤدّيها الولي من أمواله كما في:

(مادّة: ٩٩٥)[١].

وأنّه إذا استقرض وصرفه على نفسه بالمعروف يلزم الحاكم أداء ذلك الدين، وإلّا فلا؛ لأنّ الدائن قد أضاع ماله على نفسه.

ولكن القدر المعلوم أنّه حيث يكون الدائن عالماً بسفهه، وإلّا فلو

← الحجر، وما لا يلزمه بالإقرار والابتياع لا يلزمه إذا فكّ الحجر عنه؛ لأنّا أسقطنا حكم الإقرار والابتياع لحفظ المال، فلو قلنا بأنّه يلزمه إذا فكّ الحجر عنه لم يؤثّر الحجر في حفظ المال.

وهذا هو مذهب الحنفية، والحنابلة، والشافعية، والأصحّ عند المالكية.

لكن الحنفية قالوا: بعد صلاحه إن سئل عمّا أقرّ به وقال: كان حقّاً، أُخذ به بعد رفع الحجر عنه.

أمّا الحنابلة فلهم قولان بعد فكّ الحجر عنه الأصحّ منهما: عدم إلزامه به؛ لأنّ المنع من نفوذ إقراره في حال الحجر عليه لحفظ ماله ودفع الضرر عنه، فنفوذه ـ بعد فكّه عنه ـ لا يفيد إلّا تأخير الضرر عليه إلىٰ أكمل حالتيه.

الرأي الثاني: يلزمه بعد فكاك حجره؛ لأنّه مكلّف، فيلزمه ما أقرّ به عند زوال الحجر، كالراهن والمفلّس.

الرأي الثالث: يقبل قوله؛ لأنّه إذا باشر الإتلاف يضمن، فإذا أقرّ به قبل قضاءً.

وهو المرجوح عند الشافعية، أمّا ديانة فإن كان صادقاً في إقراره لزمه ردّه بعد فكّ الحجر عنه.

لاحظ: المبسوط للسرخسي ٢٤:١٧٧، مواهب الجليل ٥:٦٢، مغني المحتاج ٢:١٧٢، كشّاف القناع ٣:٤٥٣، الفتاوى الهندية ٥:٥٩، حاشية ردّ المحتار ٦:١٤٩، اللباب ٢:٧٣.

(١) وصيغتها في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣:

(حقوق الناس التي علىٰ المحجور تؤدّىٰ من ماله).

انظر تبيين الحقائق ٥:١٩٧.

أقرضه على أصل السلامة لم يبعد عدم سقوط حقّه، فليتأمّل.

(مادّة: ٩٩٧)[١].

إذا اكتسب السفيه المحجور صلاحاً على قاعدة: (إذا زال المانع عاد الممنوع) وكان السفه هو المانع من صحّة التصرّفات، فإذا زال عادت الصحّة، كما في سائر العقلاء.

---

(١) صيغة هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣ ـ هكذا:

(عند صلاح حال المحجور يفكّ حجره من قبل الحاكم).

راجع: الفتاوى الهندية ٥:٥٧، حاشية ردّ المحتار ٦:١٥٠.

الفصل الرابع

في المديون المحجور

(مادّة: ٩٩٨) لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في أداء دينه حال كونه مقتدراً ... إلى آخرها[1].

إذا ماطل المديون غرماءه في أداء دينه ـ وهو قادر ومليء ـ وشكاه الغرماء إلى الحاكم أنذره أوّلاً، فإن أصرّ على المماطلة حبسه، فإن بقي مصرّاً فإن كان عنده نقود أخذها الحاكم ودفع منها حقّ الغرماء، وإن لم يكن عنده نقود باع الحاكم من أمواله المنقولة أو غير المنقولة حسب نظره بقيمتها السوقية ودفعها إلى الغرماء.

وهذا لا ربط له بالمفلّس أصلاً، وليس المفلّس شرعاً إلّا هو: من قصرت أمواله عن ديونه، فطلب الغرماء أن يحجر على أمواله ويمنعه من

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٣ - ١١٤ ورد: (المدين) بدل: (المديون)، ووردت التكملة بتعبير: **(أو طلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله، وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدّىٰ دينه، فيبدأ بما بيعه أهون في حقّ المدين بتقديم النقود، فإذا لم تف العروض أيضاً فالعقار)**.
وهذا على رأي أبي يوسف والشيباني. أمّا إمام الحنفية فذهب إلى: أنّ المحجور المديون لا يحجر عليه مطلقاً.
لاحظ: المجموع ١٣: ٢٧٧، تبيين الحقائق ٥: ٢٠٠، نهاية المحتاج ٤: ٣١٤ ـ ٣١٥، الفتاوى الهندية ٥: ٦١، اللباب ٢: ٧٣.

التصرّف بها خوف التلف فتعود الخسارة عليهم.

وهو الذي أشارت إليه:

(مادّة: ٩٩٩) المديون المفلّس الذي دينه...[١].

وتحرير هذا البحث بأُسلوب واسع وواضح: أنّ الفلس لا يكون سبباً للحجر عندنا معشر الإمامية إلّا بشروط[٢]:

الأوّل: ثبوت الديون عند الحاكم.

الثاني: قصور أمواله عنها.

أمّا لو زادت أو ساوت فلا حجر، خلافاً لما في (المجلّة) في المساوي.

الثالث: أن تكون ديونه حالّة.

---

(١) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٤:

(المدين المفلّس ـ أي: الذي دينه مساو لماله أو يزيد ـ إذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره وراجعوا الحاكم على حجره عن التصرّف في ماله أو إقراره بدين الآخر حجره الحاكم وباع أمواله وقسّمها بين الغرماء، إلّا أنّه يترك له ثوباً أو ثوبين من ثيابه.

وإن كان للمدين ثياب ثمينة وأمكن الاكتفاء بمادونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله وأعطىٰ باقيها للغرماء أيضاً.

وكذلك إن كان له دار وأمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترىٰ من ثمنها داراً مناسبة لحال المدين وأعطىٰ باقيها للغرماء).

قارن: تبيين الحقائق ٥: ٢٠٠، الفتاوى الهندية ٥: ٦١ و٦٢.

(٢) انظر: الشرائع ٢: ٣٤٣، المسالك ٤: ٨٦ ـ ٨٨، مجمع الفائدة ٩: ٢١٦ ـ ٢١٧، الحدائق ٢٠: ٣٨٢، الجواهر ٢٥: ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

فلو كانت مؤجّلة أجمع أو الحال منها لا يزيد على أمواله فلا حجر حتّى لو كانت عند حلولها تزيد عن أمواله.

الرابع: التماس الغرماء من الحاكم الحجر عليه.

وليس للحاكم التبرّع حتّى لو التمسه المفلّس بنفسه.

أمّا لو التمسه بعضهم فإن كان دينه بخصوصه يزيد على أمواله صحّ الحجر، وإلّا فلا.

ثمّ إنّ أمواله التي تقاس إلى ديونه، وهي: كلّ ما زاد على دار سكناه وملابسه وأثاث بيته وخادمه ودوابه وكتبه، كلّ ذلك على حسب شأنه وما يليق بنسبة أقرانه، فإن زادت يؤخذ الزائد، وإن نقصت أُكملت ويحسب أيضاً من أمواله ديونه وإن كانت مؤجّلة إن كانت على موسرين دون المعسرين أو المتمرّدين أو الغاصبين.

وإذا تحقّقت هذه الشروط وحجر الحاكم عليه ترتّبت على ذلك أحكام:

الأوّل: بطلان تصرّفاته أجمع في جميع أمواله الموجودة حال الحجر مدّة بقائه سواء تعلّقت بدين أو عين أو منفعة، وسواء كانت بعوض مطلقاً كالبيع أو الإجارة بخيار في بيع سابق، فإنّه نافذ سواء وافق غبطة الغرماء أم لا؛ فإنّ حقّ الغرماء قد تعلّق بماله على نحو كيفية ملكه له من لزوم أو تزلزل فلا ينقلب الجائز بالحجر لازماً. ولذا لا يمنع الغير من إجراء خياره لو كان في بعض أمواله.

كما أنّه لو خرج مال المفلّس عنه بهبة ونحوها قبل الفلس لم يكن

للغرماء إلزامه بالرجوع فيه وإن كان له ذلك.

نعم، لا ينفذ إبراؤه وإسقاطه بماله من ديون أو حقوق مالية.

أمّا التصرّفات غير المالية كوصيته أو تدبيره اللذين لا ينفذان إلّا في ثلث الفاضل عن الدين، وكالنكاح والطلاق والإقرار بالنسب وإن أوجب النفقة ولكنّه في الذمّة، كما لو اقترض أو اشترى نسيئة أو باع سلماً فضلاً عمّا إذا كان موجباً لتحصيل المال مجّاناً، كالاحتطاب والاحتشاش والاتّهاب، فهل تدخل في الحجر أم لا؟ وجهان[١] أقواهما العدم.

أمّا أمواله المتجدّدة بعد الحجر من أمواله المحجورة فهي تابعة لها، والحجر لا يسقط عبارته فيجعلها لاغية كعبارة غير المميّز، بل له أن يتوكّل عن الغير، بل له أن يجري العقود على أمواله المحجورة فتنفذ بإجازة الغرماء أو الحاكم، كما نصّت عليه: (**مادّة: ٩٩٣**) **إذا باع السفيه**...[٢].

ولو فضل عن الديون فإن كان لارتفاع السوق فالحجر صحيح ويردّ إليه الزائد، وإن كان لخطأ في التقدير حين الحجر كشف عن بطلانه وتمضي تصرّفاته الواقعة أثناء الحجر.

الثاني: أنّ إقراراته بعد الحجر وديونه المتجدّدة تنفذ عليه وتبقى في ذمّته ولا يضربون مع الغرماء المتقدّمين في المال المحجور حتّى لو أقرّ بسبق الدين، إلّا أن يصدقه الغرماء أو يثبت عند الحاكم، كما في: (**مادّة**:

---

(١) راجع المسألة في الجواهر ٢٥: ٢٨٣.

(٢) تقدّم ذكر هذه المادّة في ص٢٤٥ (الهامش الأوّل).

٩٩٤) لا يصحّ إقرار السفيه[١].

الثالث: أنّ ديونه المؤجّلة لا تحلّ بالحجر ولا بموت الدائن.

نعم، تحلّ بموت المديون مطلقاً محجوراً وغير محجور، وتقسّم أمواله بعد الحجر على ديونه الحالّة ولا يدخّر للمؤجّلة شيء.

وما يحلّ قبل الشروع بالقسمة ضرب صاحبه مع الغرماء، ولو حلّ بعد قسمة البعض شارك في الباقي مع باقي الغرماء.

ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشارك.

ولو كان الحلول بالصلح على تعجيله بإسقاط بعضه فالأقوى مشاركته على تأمّل.

الرابع: ينفق عليه وعلى عياله الواجبي النفقة من ماله المحجور إلى يوم القسمة، كما في:

(مادّة: ١٠٠٠)[٢].

ولو مات قبلها فتجهيزه الواجب من أمواله، وكذا لو مات من يجب تجهيزه عليه.

الخامس: إذا وجد بعض غرماء المفلّس عين ماله فهو أحقّ بها ولو لم

---

(١) تقدّم ذكر هذه المادّة في ص ٢٤٥.

(٢) ونصّها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٤ ـ هكذا:

(ينفق على المحجور المفلّس وعلى من لزمته نفقته في مدّة الحجر من ماله).

لاحظ: تبيين الحقائق ٥:٢٠١، الفتاوى الهندية ٥:٦٣، اللباب ٢:٧٣.

يكن غيرها ولا يشاركه الغرماء فيها.

أمّا غرماء الميّت لو قصرت أمواله عن ديونهم فهم شرع سواء حتّى صاحب العين، فتقسّم التركة بنسبة ديونهم حتّى لو مات محجوراً عليه بالفلس؛ لأنّ المال ينتقل إلى الورثة وفيه حقّ الغرماء. ولذا لو دفع الورثة الدين صارت التركة ملكاً طلقاً لهم.

أمّا لو وفت التركة بالديون فصاحب العين أحقّ بها إن كانت العين باقية بحالها. أمّا لو تغيّرت بزيادة منفصلة أخذها بدون الزيادة.

ولو كانت متّصلة فإن كانت بفعل المفلّس ـ كما لو غرس أو صبغ أو خلط ـ كان شريكاً بالنسبة، وإن لم تكن بفعله ـ كالسمن والطول ونحوه ـ فهل يأخذها كذلك، أو يسقط الأخذ أصلاً، أو يأخذها ويكون شريكاً بالنسبة ويشاركه المفلّس بالنسبة(١)؟ ولعلّه أقوى الوجوه.

أمّا لو تغيّرت بالنقص أخذها إن شاء وضرب مع الغرماء بقيمة النقص.

ولو خلطها بالمساوي أو الأدون ولم يكن التمييز تخيّر بين الشركة وبين الضرب مع الغرماء بقيمتها، كما لو خلطها بالأعلى.

ولو تغيّرت الحقيقة ـ بأن صار الحبّ زرعاً والبيض فرخاً ـ كان يحكم

---

(١) ذهب إلى الوجه الأوّل: الطوسي في المبسوط ٢:٢٥٢، وابن سعيد في الجامع للشرائع ٣٦٢.

ونسبه الشهيد الثاني للعلامّة في المسالك ٤:١٠٣.

وذهب إلى الوجه الثاني العلامّة الحلّي في التذكرة ٢:٦٥.

ونسب الوجه الثالث لابن الجنيد الإسكافي واختاره العلامّة في المختلف ٥:٤٦٦ ـ ٤٦٧، وكذلك النجفي في الجواهر ٢٥:٣٠٥ ـ ٣٠٦.

التالف، فليس له إلّا الضرب مع الغرماء كما تقدّم.

ويقدّم حق الشفيع على البائع لو أفلس المشتري ويضرب البائع مع الغرماء بقيمة الشقص.

وكذا يقدّم المرتهن عليهم، فيأخذها بدينه إن ساوت، ويرّد الزيادة إن زادت، ويضرب معهم بالنقيصة إن نقصت.

وكذا حقّ المجني عليه. ولكن لو قصر ثمن العبد الجاني فليس للمجني عليه أكثر من قيمته أو رقبته.

ولو أفلس بثمن أُمّ الولد أخذها البائع أو اختصّ بثمنها.

السادس: لو تجدّدت له أموال بعد القسمة فللحاكم أن يحجر عليها إذا التمس الغرماء ذلك تلافياً لبقيّة ديونهم إن كان المتجدّد يقصر عنها، وإلّا فلا، إلّا أن يكونوا قد أسقطوا وأبرأوا.

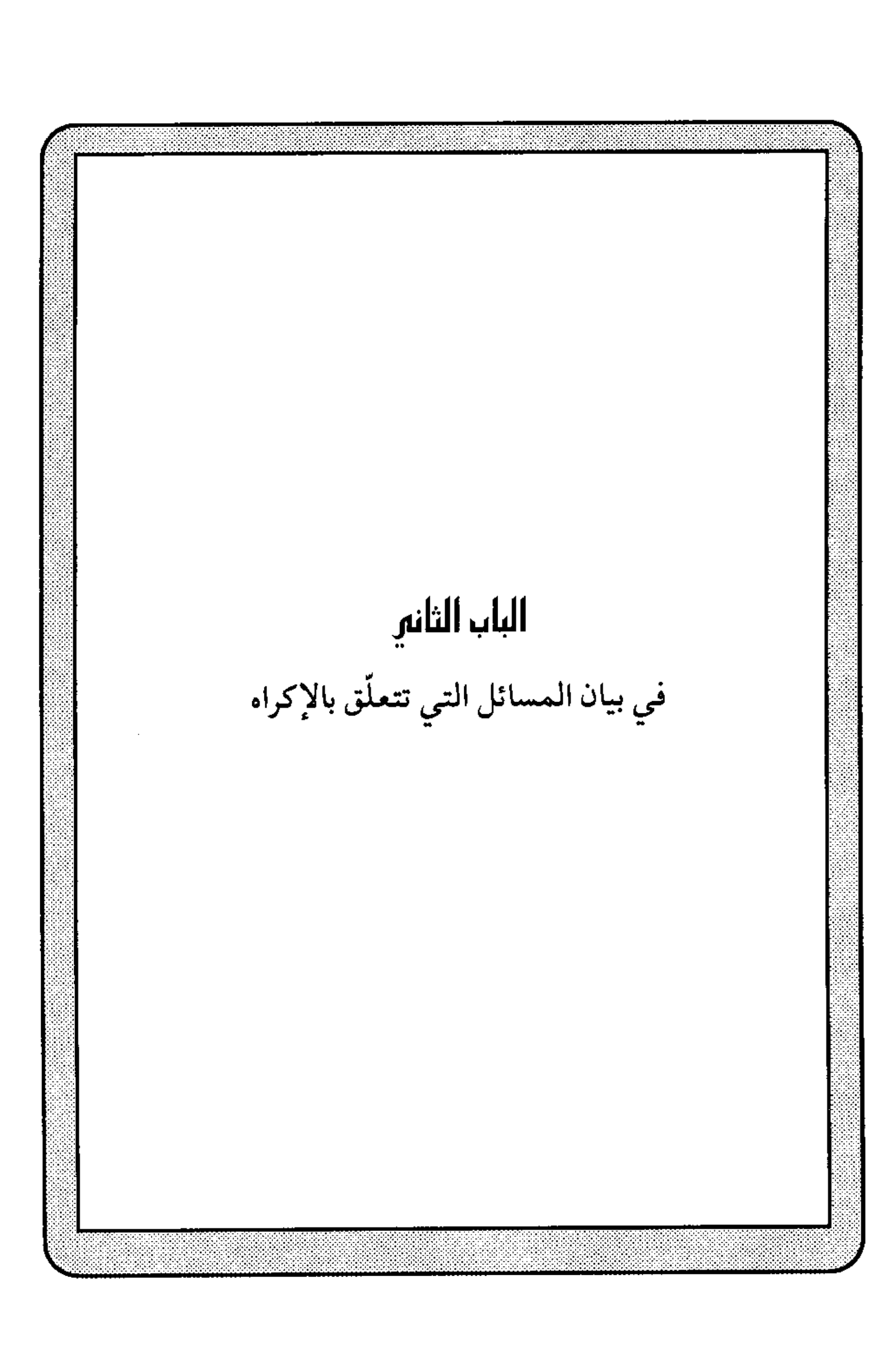
السابع: قد عرفت أنّ ولاية الصغير والمجنون للأب أو الجدّ منه أو لمنصوبهما، فإن لم يكونا فللحاكم أو منصوبه[1]، وكذا من بلغ غير رشيد.

أمّا من بلغ رشيداً ثمّ عرضه السفه وصار مفلّساً فللحاكم لا غير.

هذه أهمّ مباحث الحجر والسفيه والمفلّس، ومنه تعرف كم أهملت (المجلّة) من الفروع المهمّة والأحكام المحكمة في هذا الباب، ولله المنّة والحمد.

---

(١) عرفت ذلك في ص٢٣٣ و ٢٣٤.



الباب الثاني

في بيان المسائل التي تتعلّق بالإكراه

العمل المكره عليه فاعله لا أثر له شرعاً قولاً كان أو فعلاً.

والأصل فيه ـ قبل الإجماع[1] ـ قوله تعالى: ﴿إلّا مَن أُكرِه وقَلبهُ مُطمَئنٌ بالإيمان﴾[2].

بل هو نوع من أنواع الضرورة، فيشمله كلّ أدلّة المضطرّ، مثل: قوله تعالى: ﴿فَمن اضطُرَّ غَيرَ باغٍ وَلا عادٍ فلا إثمَ عَليهِ﴾[3].

وفي الحديث النبوّي المعروف بحديث الرفع: «رفع عن أُمّتي الخطأ، والنسيان، وما لا يعلمون، وما اضطرّوا إليه، وما استكرهوا...[4]» الخ، والنبوّي المشهور: «ما من محرّم إلّا وقد أحلّه الله لمن اضطرّ إليه»[5].

ولكن إنّما تسقط الآثار وضعية وتكليفية بالإكراه إذا استجمع شروطاً:

الأوّل: أن يكون المكرِه ـ بالكسر ـ قادراً على فعل ما يتوعّد به من

---

(١) لاحظ: المسالك ٩:١٧، الجواهر ٢٢:٢٦٥.

(٢) سورة النحل ١٦:١٠٦.

(٣) سورة البقرة ٢:١٧٣.

(٤) ورد الحديث بأدنىٰ تفاوت في: سنن سعيد بن منصور ١:٣١٧، سنن ابن ماجة ١:٦٥٩، المصنّف لابن أبي شيبة ٤:١٨٠، علل الحديث للرازي ١:٤٣١، سنن الدارقطني ٤:١٧١، السنن الكبرى للبيهقي ٧:٣٥٦ و٣٥٧، تلخيص الحبير١:٢٨١، كنز العمّال ٤:٢٣٦ و١٢:١٥٦.

(٥) لاحظ الوسائل لباس المصلّي ١٢:٦، القيام ١:٦ و٧، الأيمان ١٢:١٨ (٤:٣٧٣ و٥:٤٨٣ و٢٣:٢٢٨).

ضرب أو حبس ونحوهما.

وعليه تنصّ:

(مادّة: ١٠٠٣) يشترط أن يكون المجبر...[١].

الثاني: أن يظنّ المكرَه ـ بالفتح ـ أو يقطع بأنّه إذا لم يأت بالمكره عليه أوقع المكرِه ـ بالكسر ـ به ما يتهدّده فيه من قتل أو ضرب أو نحوهما، كما في:

(مادّة: ١٠٠٤) يشترط خوف المكرَه...[٢].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٤ وردت تكملة المادّة بهكذا لفظ:

(مقتدراً على إيقاع تهديده.

بناءً عليه لا يعتبر إكراه من لم يكن مقتدراً على إيقاع تهديده وتنفيذه).

هذا المذكور هو رأي أبي يوسف ومحمّد في المسألة، وكذلك الشافعية والحنابلة إلّا من شذّ منهم.

وذهب إمام الحنفية إلىٰ: أنّه لا يصدق تحقّق الجبر والقدرة إلّا من قبل السلطان.

قارن: المبسوط للسرخسي ٣٩:٢٤، المغني ٢٦١:٨، تبيين الحقائق ١٨١:٥ و١٨٢، البناية في شرح الهداية ٤٣:١٠ و٤٥، الإنصاف ٤٤٠:٨، مغني المحتاج ٢٨٩:٣، مجمع الأنهر ٤٢٩:٢، تكملة البحر الرائق ٨: ٧٠.

(٢) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٤:

(من المكره به.

يعني: يشترط حصول ظنّ غالب للمكرَه بإجراء المجبر المكره به إن لم يفعل المكره عليه).

انظر: المبسوط للسرخسي ٤٩:٢٤ و٥٠ و٧١ و٧٨، المهذّب للشيرازي ٧٨:٢، المغني ٢٦١:٨، تبيين الحقائق ١٨١:٥ و١٨٢، البناية في شرح الهداية ٤٣:١٠ و٤٤ و٤٥، مغني المحتاج ٢٨٩:٣ ـ ٢٩٠، مجمع الأنهر ٤٢٩:٢، تكملة البحر الرائق ٧١:٨، حاشية إعانة الطالبين ٦:٤.

الثالث: أن يكون المكرَه ـ بالفتح ـ عاجزاً عن مقاومته وردّ شرّه عنه بنفسه أو الاستعانة من حاكم أو غيره.

وقد أهملت (المجلّة) هذا الشرط.

الرابع: وهو أن يكون ما يتوعّد به ممّا لا يتحمّله المكرَه أو لا يليق بشأنه.

وهذا يختلف باختلاف الأشخاص ومراتبهم، كما يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة وسائر الاعتبارات.

فربّ شخص لا يليق به كلمة فيها رائحة الإهانة، فقد يفعل الفعل دفعاً لهذه الكلمة، فيكون مكرَهاً وربّ شخص لا يضرّ بشأنه الصفع والضرب والحبس والغل، فيفعل الفعل خوف ذلك، فلا يعدّ مكرَهاً.

وربّما يشترط بعضهم أن يكون عاجزاً عن التورية، فلو كان عارفاً بها ولم يقصدها كان مختاراً لا مكرَهاً[١].

وهو غير معلوم.

وكيف كان، إذا تحقّقت الشرائط المتقدّمة ارتفع الحكم التكليفي المرتّب على ذات القول أو الفعل لولا الإكراه، كما يرتفع الأثر الوضعي.

فلو سبّ نبيّاً أو وليّاً مكرَهاً فلا إثم، كما لو باع أو وهب كذلك فلا أثر

---

(١) نسبه النجفي لبعض العامّة في الجواهر ٣٢: ١٥.

وراجع: الإنصاف ٨:٤٤١، تصحيح الفروع للمرداوي ٥:٣٦٩، المسالك ٩:٢٢، مغني المحتاج ٣:٢٩٠، نهاية المحتاج ٦:٤٤٧، حاشية اليزدي على المكاسب ٢٦٦، السراج الوهّاج ٤١٢.

لبيعه ولا هبته.

ولو شرب خمراً مكرَهاً فلا إثم، كما لو غصب مال غيره وأتلفه مكرَهاً فلا ضمان، وهكذا، سواء فعل ذلك بحضور المكرِه المتوعّد أو بغيابه، فإنّ الحضور والغياب ليس له أيّ أثر بعد تحقّق تلك الشروط.

فلا وجه لما في:

(مادّة: ١٠٠٥) إن فعل المكرَه المكرَه عليه في حضور المجبر يكون الإكراه معتبراً.

وأمّا إذا فعله في غيابه فلا يعتبر؛ لأنّه يكون قد فعله طوعاً ... إلى آخرها[١].

فإنّه لو أكره أحد آخر على بيع داره ـ ولو بكتاب أو رسول ـ تحقّق الإكراه، وأيّ أثر للحضور إذا كان الخوف حاصلاً حتّى مع الغياب؟!

ثمّ هل يصحّ عقد المكرَه بإجازته بعد الإكراه؟ خلاف[٢]، والأقرب

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٤ ـ ١١٥ وردت زيادة: (أو حضور تابعه) قبل: (يكون الإكراه)، وورد: (غياب المجبر أو تابعه) بدل: (غيابه).
وتكملة المادّة هكذا:
(بعد زوال الإكراه.
مثلاً: لو أجبر أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر ومن يتعلّق به فلا يعتبر الإكراه، ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً).
لاحظ: الفتاوى الهندية ٥: ٣٥، مجمع الأنهر ٢: ٤٢٩.

(٢) لاحظ المسألة في: المسالك ٩: ٢٠ و٢٤، الجواهر ٢٢: ٢٦٧ وما بعدها و٢٧: ٢١٩، العروة الوثقىٰ ٢: ٣٧٣.

الصحّة، كما في:

(مادّة: ١٠٠٦)[١].

وذلك لعمومات: ﴿أوفوا بالعقودِ﴾[٢] ونحوها، ولفحوى أدلّة الفضولي، فتدبّره.

ولو باع المالك مكرهاً وتصرّف المشتري كان ضامناً كالغاصب بجميع ما يجري عليه من أحكام الضمان المتقدّمة.

(مادّة: ١٠٠٧) كما أنّ الإكراه الملجئ يكون معتبراً ... الخ[٣].

---

(١) وصيغتها في مجلّة الأحكام العدلية ١١٥:

(لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراه معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة ملجئ كان الإكراه أو غير ملجئ.

ولكن لو أجاز، المكره ما ذكر ـ بعد زوال الإكراه ـ يعتبر).

راجع: تبيين الحقائق ٥:١٨٢، البناية في شرح الهداية ١٠:٤٥، الفتاوى الهندية ٥:٣٥ ـ ٣٦، تكملة البحر الرائق ٨: ٧١، اللباب ٤:١٠٨.

(٢) سورة المائدة ٥: ١.

(٣) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٥:

(في التصرّفات القولية ـ على ما ذكر في المادّة السابقة ـ كذلك في التصرّفات الفعلية.

وأمّا الإكراه غير الملجئ فيعتبر في التصرّفات القولية فقط، ولايعتبر في التصرّفات الفعلية.

فعليه: لو قال أحد لآخر: أتلف مال فلان وإلاّ أقتلك أو أقطع أحد أعضائك، فأتلف ذلك، يكون الإكراه معتبراً، أو يلزم الضمان على المجبر فقط.

وأمّا لو قال: أتلف مال فلان وإلاّ أضربك وأحبسك، وأتلف ذلك، فلا يكون الإكراه معتبراً، ويلزم الضمان على المتلف فقط حيث كان ذلك ممّا يحتمل عادة).

انظر: تبيين الحقائق ٥:١٨١ و١٨٦، شرح العناية للبابرتي ٨:١٧٢.

قد عرفت أن لا فرق بين الملجئ وغير الملجئ بالمعنى المذكور[١]؛ لأنّ المدار على الخوف سواء كان من قتل أو حبس أو غيرهما.

نعم، يفترقان بمعنى آخر تقدّم بيانه.

---

(١) عرفت ذلك في ص٢١١ ـ ٢١٢.



في بيان الشفعة

وينقسم إلى أربعة فصول

الفصل الأوّل

في بيان مراتب الشفعة

(مادّة : ١٠٠٨) أسباب الشفعة ثلاثة :

الأوّل : أن يكون مشاركاً[١].

---

(١) وردت المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٥ ـ بلفظ :

(أسباب الشفعة ثلاثة :

الأوّل : أن يكون مشاركاً في نفس المبيع ، كاشتراك شخصين في عقار شائع .

الثاني : أن يكون خليطاً في حقّ المبيع ، كاشتراك في حقّ الشرب الخاصّ والطريق الخاصّ .

مثلاً : إذا بيعت إحدى الرياض المشتركة في حقّ الشرب الخاصّ يكون أصحاب الرياض الأُخرىٰ كلّهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم أو لم تكن .

كذلك لو بيعت الدار التي يفتح بابها على طريقه خاصٍّ كان أصحاب الدور التي لها أبواب على تلك الطريق كلّهم شفعاء ، سواء أكانت جيرتهم ملاصقة أم لم تكن .

وأمّا إذا بيعت إحدىٰ الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم أو إحدىٰ الديار التي لها في الطريق العامّ باب فليس لأصحاب الرياض الأُخرىٰ التي تسقى من ذلك النهر أو لأصحاب الديار الأُخرىٰ التي لها أبواب في الطريق العامّ حقّ الشفعة .

الثالث : أن يكون جاراً ملاصقاً) .

السبب الأوّل للشفعة ممّا اتّفق عليه فقهاء المذاهب ـ على الظاهر ـ حيث أثبتوها للشريك الذي له حصّة شائعة في ذات العقار المبيع ما لم يقاسم .

وقد اختلف فقهاء أهل السنّة في ثبوت الشفعة للجار الملاصق والشريك في حقٍّ من حقوق المبيع ، ولهم في ذلك اتّجاهان :

←

قد عرفت قريباً[١] أنّ أقرب عبارة تكشف عن حقيقة الشفعة التي هي من خصائص الشريعة الإسلامية وعظم عنايتها بنظم الهيئة الاجتماعية والصالح العامّ وحكمتها العالية أن لا يبتلى المالك لملك مشاع بشريك جديد لا يعرف شيئاً من أخلاقه وحسن سيرته، فقد تكون شركته وبالاً عليه وتنغيصاً لعيشه في داره أو عقاره مدّة عمره، فجعل له حقّ أخذ ما باعه شريكه من المشتري بالثمن.

إذاً فأحسن تعبير عنها: أنّها حقّ تملّك الشريك الشقص[٢] من

← الاتّجاه الأوّل: ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى: عدم ثبوت الشفعة للجار ولا للشريك في حقوق المبيع.

وبه قال أهل المدينة، وعمر، وعثمان، وعمر بن عبد العزيز، وسعيد بن المسيّب، وسليمان بن يسار، والزهري، ويحيىٰ الأنصاري، وأبو الزناد، وربيعة، والمغيرة بن عبد الرحمان، والأزواعي، وإسحاق، وأبوثور، وابن المنذر.

الاتّجاه الثاني: ذهب الحنفية، وابن شبرمة، والثوري، وابن أبي ليلىٰ إلىٰ: إثبات الشفعة للجار الملاصق والشريك في حقٍّ من حقوق المبيع.

فسبب وجوب الشفعة عندهم أحد شيئين: الشركة، أو الجوار.

قال المرغيناني: (الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع، ثمّ للخليط في حقّ المبيع كالشرب والطريق، ثمّ للجار).

قارن: الحجّة على أهل المدينة ٣:٦٧، المبسوط للسرخسي ١٤:٩٣ ـ ٩٤ و٩٥، بدائع الصنائع ٦:٩٠، الهداية للمرغيناني ٤:٢٤، بداية المجتهد ٢:٢٥٥، المغني ٥: ٤٦١، فتح العزيز ١١:٣٩٢، المجموع ١٤:٣٠٣ و ٣٠٥، تبيين الحقائق ٥:٢٣٩ و٢٤٠، البحر الزخّار ٥:٨ ـ ٩، مغني المحتاج ٢:٢٩٧، نهاية المحتاج ٥:١٩٥، الفتاوى الهندية ٥:١٦٦، تكملة البحر الرائق ٨:١٢٦، الشرح الصغير للدردير ٣:٦٣٣، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٣:١٣٤ و١٣٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤٧٤.

(١) وذلك في ص٢١٣.

(٢) الشقص: القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، والشقيص: الشريك. (الصحاح ٣:
←

المشتري بالثمن.

ولهذا الحقّ أسباب كما له شروط.

أمّا أسبابه فكما أشارت إليه هذه المادّة: الشركة على الإشاعة إمّا في نفس العين أو في حقّ الشرب الخاصّ أو في الطريق الخاصّ، كالأمثلة المذكورة في المتن.

وهذان سببان لحقّ الشفعة عند الإمامية أيضاً كما عند عامّة أرباب المذاهب، فهو إجماع المسلمين[1].

أمّا السبب الثالث: وهو كونه جاراً ملاصقاً إلى يمينه أو يساره أو خلفه لا المقابل، فقد اختلفت أرباب المذاهب فيها:

فالشافعي ومالك على: عدم الشفعة فيها[2]، وعليه كافة الإمامية[3]؛ لقوله عليه السلام: «إذا وقعت الحدود فلا شفعة بينهم»[4].

← ١٠٤٣).

(١) بالنسبة للمصادر السنيّة فراجع فيها الهامش الأوّل من ص٢٦٥.
وأمّا الشيعيّة فلاحظ: الشرائع ٤:٧٧٦ و٧٧٧، المسالك ١٢:٢٥٩ و٢٦٩، مجمع الفائدة ٩:١٨، الحدائق ٢٠:٢٩٣، الجواهر ٣٧: ٢٤١ و٢٥٨.

(٢) وكذلك إمام الحنابلة.
انظر: الأُم ٤: ٥، بداية المجتهد ٢:٥٥، المغني ٥:٤٦١، المجموع ١٤:٣٠٥، البحر الزخّار ٥: ٩.

(٣) ادّعي الإجماع في: الخلاف ٣: ٤٢٩، والجواهر ٣٧: ٢٧٠.

(٤) ورد الحديث بأدنىٰ تفاوت في: المصنّف لعبد الرزّاق ٨: ٨٠، مسند أحمد ٣:٢٩٦، سنن ابن ماجة ٢:٨٣٥، سنن أبي داود ٣:٢٨٥، سنن الدارقطني ٤:٢٣٢، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦:١٠٢ و١٠٣، تلخيص الحبير ٣:٥٥.

والحنفي وأصحابه على: ثبوتها[١]؛ لما يروى عنهم: «جار الدار أحقّ بدار الجار»[٢]، وهو الذي اختاره (المجلّة).

ولبعض الفقهاء تفصيل، فجار المشارك في الطريق الخاصّ من أحد الجانبين له الشفعة، وغيره كالجار من خلف أو المقابل لا شفعة له[٣].

وهذه الأسباب مرتّبة، فلو اختصّ كلّ واحد بواحد منها ففي:

(مادّة: ١٠٠٩) حقّ الشفعة أوّلاً: للمشارك في نفس البيع، كاشتراك شخصين في عقار شائع.

الثاني: أن يكون خليطاً... الخ[٤].

(مادّة: ١٠١٠) إذا لم يكن مشاركاً في نفس البيع أو كان مشاركاً

---

(١) لاحظ: المبسوط للسرخسي ١٤:٩٤، تبيين الحقائق ٥:٢٤٠، الفتاوى الهندية ٥:١٦٦.

(٢) ورد الحديث نصّاً في: سنن أبي داود ٣:٢٨٦، سنن الترمذي ٣:٦٥٠، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦:١٠٦.
وفي سنن ابن ماجة (٢:٨٣٣) ورد الحديث هكذا: «الجار أحقّ بشفعة جاره».

(٣) نُسب هذا التفصيل لأبي حنيفة في: المغني ٥: ٤٦١، والفتاوى الهندية ٥:١٦٦.
ونُسب لابن تيمية في المجموع ١٤:٣٠٥.

(٤) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٦ وردت المادّة بهذا النصّ:
(حقّ الشفعة الأوّلاً: للمشارك في نفس المبيع.
ثانياً: للخليط في حقّ المبيع.
ثالثاً: للجار الملاصق.
ومادام الأوّل طالباً فليس للآخرين حقّ الشفعة، ومادام الثاني طالباً فليس للثالث حقّ الشفعة).
قارن: المبسوط للسرخسي ١٤:٩٤، تبيين الحقائق ٥:٢٣٩، الفتاوى الهندية ٥:١٦٥ - ١٦٦، حاشية ردّ المحتار ٦:٢١٩ وما بعدها.

وترك...[١].

وحاصله: أنّ المشارك في العين مقدّم، فإن لم يكن أو كان وترك فللثاني، وهكذا.

أمّا:

(مادّة: ١٠١١) و(مادّة: ١٠١٢)[٢] **فالشفعة في الموردين إنّما تثبت حيث تكون الأرض مشتركة.**

---

(١) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٦:

(شفعته يكون حقّ الشفعة للخليط في حقّ المبيع إن كان ثمّ خليط، وإن لم يكن أو كان وأسقط حقّه يكون الجار الملاصق شفيعاً علىٰ هذا الحال.

إذا باع أحد ملكه العقاري المستقلّ أو حصّته الشائعة في العقار المشترك وترك المشارك حقّ شفعته للخليط في حقّ الشرب الخاصّ أو الطريق الخاصّ إن كان هناك خليط، وإن لم يكن قد كان وأسقط حقّ شفعته فعلىٰ كلتا الحالتين يكون حقّ الشفعة للجار الملاصق).

انظر: تبيين الحقائق ٥:٢٤٠، الفتاوى الهندية ٥:١٧٦ و١٧٧، تكملة البحر الرائق ٨:١٢٦، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢١.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٦ وردت المادّتان بهكذا صيغة:

(مادّة: ١٠١١) إذا كان الطابق العلوي من البناء ملك أحد والسفلي ملك آخر يعدّ أحدهما للآخر جاراً ملاصقاً.

(مادّة: ١٠١٢) المشارك في حائط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار، وأمّا إذا لم يكن مشاركاً في الحائط ولكن كانت أخشاب سقفه ممتدّة على حائط جاره فيعدّ جاراً ملاصقاً، ولا يعدّ شريكاً وخليطاً بمجرّد حقّه في وضع رؤوس أخشاب سقفه على حائط جاره.

بالنسبة للمادّة الأُولىٰ راجع: تبيين الحقائق ٥:٢٤١، مجمع الأنهر ٢:٤٧٣، تكملة البحر الرائق ٨:١٢٧، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢١.

وبالنسبة للمادّة الثانية راجع بالإضافة إلى ما سبق من المصادر الهداية للمرغيناني ٤:٢٥.

أمّا مع عدم الشركة في الأرض فلا شفعة، فإنّ البناء ـ كالغروس ـ لا شفعة فيها إلّا تبعاً للأرض، كما تقدّم[١].

(مادّة: ١٠١٣) إذا تعدّد الشفعاء يعتبر عدد الرؤوس[٢].

هذا هو المتّفق عليه ظاهراً عند أرباب المذاهب[٣]، ولعلّه المشهور عندنا[٤].

---

(١) حسب الظاهر لم يتقدّم ذلك.

(٢) للمادّة تكملة، وتكملتها على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٦ ـ هي:

(ولا يعتبر مقدار السهام. يعني: لا اعتبار لمقدار الحصص.

يعني: لو كان نصف الدار لأحد وثلثها وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصّته لآخر، فطالب الآخران بالشفعة يقسم النصف بينهما بالمناصفة، وليس لصاحب الثلث أن يأخذ بموجب حصّته حصّة زائدة على الآخر).

وهذا هو مذهب الحنفية، وهو قول عند الشافعية والحنابلة.

ووجه ذلك: أنّ السبب في موضوع الشركة أصل الشركة، وقد استويا فيه، فيستويان في الاستحقاق.

وذهب المالكية، والشافعية في الأظهر، والحنابلة على الصحيح من مذهبهم إلىٰ: أنّه إذا تعدّد الشفعاء وزّعت الشفعة عليهم بقدر الحصص من الملك، لا عدد على الرؤوس.

ووجه ذلك عندهم: أنّها مستحقّة بالملك، فقسط على قدره، كالأُجرة والثمن.

راجع: المبسوط للسرخسي ١٤:٩٧، بدائع الصنائع ٦:٩٦، بداية المجتهد ٢:٢٥٩، فتح العزيز ١١:٤٧٧، المجموع ١٤:٣٢٦ و٣٤٥، تبيين الحقائق ٥:٢٤١، مواهب الجليل ٥:٣٢٥، مغني المحتاج ٢:٣٠٥، نهاية المحتاج ٥:٢١١ و٢١٣، شرح منتهىٰ الإرادات ٢:٤٣٩، مجمع الأنهر ٢:٤٧٣، الفتاوى الهندية ٥:١٩٧، تكملة البحر الرائق ٨:١٢٧، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٣:١٤٣، حاشية ردّ المحتار ٦:٢١٩ و٢٥٢، اللباب ٢:١١٦.

(٣) تقدّم الكلام في ذلك آنفاً، فراجع.

(٤) تقدّم بعض الكلام في ذلك، فلاحظ.

←

ووجهه: أنّ سبب الشفعة هو الشركة، وهو في الجميع واحد، ووحدة السبب تقتضي وحدة المسبّب.

وهو كما ترى فيه للخدشة مجال.

ولو قيل: بأنّ كلّ واحد يأخذ بمقدار حصّته لكان أقرب إلى العدل.

وأمّا:

(مادّة: ١٠١٤) وما بعدها إلى آخر الفصل[١] فالأحكام المندرجة فيها

← ويمكن أن تعتبر هذا البحث على مبنىٰ من قال بثبوت الشفعة مع الكثرة، فيأتي هنا البحث في أنّه هل تثبت على عدد الرؤوس أو على قدر السهام.

فمن الفقهاء من قال بالأوّل، كالشيخ في المبسوط ١١٣:٣، ومنهم من قال بالثاني كابن الجنيد على ما حكى عنه في المختلف ٣٥٦:٥. وإن كان يتراءىٰ من مذهبه التخيير بين الرؤوس والسهام على ما نقله عنه النجفي في الجواهر ٢٧٩:٣٧.

(١) نصوص هذه المواد ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٦ و١١٧ ـ كما يلي:

(مادّة: ١٠١٤) **إذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدّم الأخصّ على الأعمّ.**

مثلاً: لو بيعت إحدىٰ الرياض المملوكة التي لها حقّ شرب في الخرق الذي أُحدث في النهر الصغير مع شربها يقدّم ويرجّح في حقّ الشفعة الذين لهم حقّ الشرب في ذلك الخرق.

وأمّا لو بيعت إحدىٰ الرياض التي لها حقّ الشرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعمّ من له حقّ الشرب في النهر ومن له حقّ الشرب في خرقه.

كما أنّه إذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك منشعب من زقاق آخر غير سالك لا يكون شفيعاً إلّا من باب داره في المنشعب.

وإذا بيعت دار بابها في الزقاق المنشعب منه غير السالك تعمّ الشفعة من له حقّ المرور في الزقاق المنشعب والمنشعب منه.

لاحظ الفتاوى الهندية ١٦٦:٥.

←

مبنية على استحسانات واعتبارات لا بأس بها بناءً على أُصول القوم.

أمّا عندنا فلا موقع لها أصلاً؛ إذ لا شفعة مع تعدّد الشركاء[١]، مضافاً إلى أنّ تلك الوجوه لا تصلح أن تكون دليلاً.

← **(مادّة: ١٠١٥) إذا باع من له حقّ شرب خاصٍّ روضته فقط ولم يبع حقّ شربها فليس للخلطاء في حقّ شربها شفعة.**

ويقاس الطريق الخاصّ على هذا.

راجع الفتاوى الهندية ٥:١٧١.

(مادّة: ١٠١٦) **حقّ الشرب مقدّم على حقّ الطريق.**

فعليه لو بيعت روضة خليطها واحد في حقّ الشرب الخاصّ وآخر في طريقها الخاصّ يقدّم ويرجّح صاحب حقّ الشرب على صاحب حقّ الطريق.

انظر: الفتاوى الهندية ٥:١٦٧، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢٠.

(١) ادّعي الإجماع في: الانتصار ٤٥٠، والجواهر ٣٧:٢٧٢.

الفصل الثاني

في بيان شرائط الشفعة

[الشرط] الأوّل: (مادّة: ١٠١٧) يشترط أن يكون المشفوع به ملكاً عقارياً...[١].

الظاهر اتّفاق أرباب المذاهب على هذا الشرط[٢]، فلا تثبت الشفعة

---

(١) تكملة المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٧ ـ هكذا:

(بناءً عليه لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات وعقار الوقف والأراضي الأميرية).

وقد اتّفق فقهاء أهل السنّة على أنّ العقار وما في معناه من الأموال الثابتة تثبت فيه الشفعة.

وتجب الشفعة في العقار أو ما في معناه وهو العلو سواء كان العقار ممّا يحتمل القسمة أو ممّا لا يحتملها، كالحمّام والرحىٰ والبئر والنهر والعين والدور الصغار وكلّ ما يتعلّق بالعقار ممّا له ثبات واتّصال بالشروط المتقدّم ذكرها. (تبيين الحقائق ٥:٢٥٢).

واختلفوا في ثبوت الشفعة في المنقول على قولين:

القول الأوّل: عدم ثبوتها في المنقول.

وهو قول الحنفية، والشافعية، والصحيح من مذهبي المالكية والحنابلة.

القول الثاني: ثبوت الشفعة في المنقول.

وهو رواية عن مالك وأحمد.

قارن: المبسوط للسرخسي ١٤: ٩٥، بدائع الصنائع ٦:١١٧، بداية المجتهد ٢:٢٥٦ ـ ٢٥٧، المغني ٥:٤٦٣ ـ ٤٦٥، فتح العزيز ١١:٣٦٤، تبيين الحقائق ٥:٢٥٢، مغني المحتاج ٢:٢٩٦، نهاية المحتاج ٥:١٩٥.

(٢) قد ذكرنا آنفاً الاختلاف في المسألة، فراجع.

←

في المنقولات مطلقاً ولا في الأبنية والمغروسات إلّا تبعاً للأرض.

أمّا عند الإمامية فالأخبار الواردة في هذا مختلفة أشدّ الاختلاف: ففي كثير حصرها بالعقارات(١)، وفي بعضها التعدّي إلى الحيوان(٢)، وفي جملة منها التعدّي إلى خصوص العبد(٣).

ولكن قد استقرّ المذهب من زمن المحقّق والعلاّمة (رضوان الله عليهما) حتّى كاد ينعقد الإجماع عندنا أخيراً على عدم ثبوتها في المنقولات

← قال الطوسي: (قال مالك: إذا باع سهماً من سفينة كان لشريكه فيها الشفعة.
فأجراها مجرىٰ الدار.
وحكي عنه: أنّ الشفعة في كلّ شيء من الأموال والثياب والطعام والحبوب والحيوان).
(الخلاف ٣:٤٢٥).

وانظر: بداية المجتهد ٢:٢٥٦ ـ ٢٥٧، المغني ٥:٤٦٤، فتح العزيز ١١:٣٦٤، المجموع ١٤: ٢٩٩ و٣٠٧ و٣٠٨، مغني المحتاج ٢:٢٩٦، الفتاوى الهندية ٥:١٦٠.

(١) كرواية عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن» الحديث.
راجع: الكافي ٥:٢٨٠، التهذيب ٧:١٦٤، الوسائل الشفعة ٥:١ (٢٥:٤٠٠).

(٢) كرواية يونس، عن بعض رجاله، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الشفعة لمن هي، وفي أيّ شيء هي، ولمن تصلح، وهل تكون في الحيوان شفعة، وكيف هي؟ فقال: «الشفعة جائزة في كلّ شيء من حيوان أو أرض أو متاع، إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحقّ به من غيره، وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهم».
لاحظ: الكافي ٥:٢٨١، التهذيب ٧:١٦٤ ـ ١٦٥، الوسائل الشفعة ٧:٢ (٢٥:٤٠٢).

(٣) كرواية الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في المملوك بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه، أنا أحقّ به، أله ذلك؟ قال: «نعم، إذا كان واحداً». قيل له: في الحيوان شفعة؟ قال: «لا».
انظر: الكافي ٥:٢١٠، الاستبصار ٣:١١٦، الوسائل الشفعة ٧:٣ (٢٥:٤٠٢).

مطلقاً إلّا ما يتبع الأرض[١].

وعليه، فيصحّ أن يقال: إنّ إجماع المسلمين اليوم على عدم الشفعة في المنقولات إلّا ما يتبع الأرض.

فلو كانت الغروس ملكاً لاثنين والأرض لثالث فلا شفعة.

أمّا لو كانت مع الغروس لاثنين فباع أحدهما الأرض أو الغروس معها فللشريك أن يشفع، كما تشعر به:

(مادّة: ١٠١٩). ونصّت عليه:

(مادّة: ١٠٢٠)[٢].

---

(١) حكي هذا القول عن ابن حمزة في المختلف ٥:٣٤٩، وعن الطبرسي في غاية المراد ٢:١٥٠.

ونُسب لأكثر المتأخّرين في: المسالك ١٢:٢٦٢، والحدائق ٢٠:٢٨٥.

ولاحظ: الشرائع ٤:٧٧٦، إرشاد الأذهان ١:٣٨٤، المختلف ٥:٣٤٩، الإيضاح ٢:١٩٧ - ١٩٨ و١٩٩، جامع المقاصد ٦:٣٤٤ و٣٥٣.

أمّا أكثر المتقدّمين وجماعة من المتأخّرين - على حدّ تعبير الشهيد الثاني - فقد ذهبوا إلىٰ: ثبوت الشفعة في كلّ مبيع منقولاً كان أم لا قابلاً للقسمة أم لا.

راجع: الكافي في الفقه ٣٦٢، المقنعة ٦١٨ و٦١٩، الانتصار ٤٤٨، النهاية ٤٢٣ و٤٢٤ (وإن نفىٰ الشفعة في ما لا تصحّ قسمته)، المهذّب ١:٤٥٨، السرائر ٢:٣٨٩، الدروس ٣:٣٥٦ (حيث مال إلىٰ هذا القول ونفىٰ عنه البعد).

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٧ وردت المادّتان بالنصّ التالي:

(مادّة: ١٠١٩) **الأشجار والأبنية المملوكة الواقعة في أرض الوقف أو الأراضي الأميرية هي في حكم المنقول لا تجري فيها الشفعة.**

(مادّة: ١٠٢٠) **لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية تجري الشفعة**

←

[الشرط] الثاني:

(مادّة: ١٠١٨) يشترط أن يكون المشفوع به ملكاً أيضاً ...[١].

أي: لا وقفاً.

وقد اختلف أصحابنا (رضوان الله عليهم) أشدّ الخلاف في ثبوت الشفعة في العين المشتركة بين الوقف والملك الطلق فيما لو وقع البيع على الملك الطلق أو وقع على الوقف لو حصل المسوّغ لبيع الوقف.

فبين قائل: بثبوتها مطلقاً مع وحدة الموقوف عليه وتعدّده في الصورتين[٢]، وبين قائل: بعدمها مطلقاً كذلك[٣]، وبين مفصّل فتثبت مع الوحدة وتنتفي مع التعدّد، أو في الصورة الأُولى دون العكس، أو

← **في الأشجار والأبنية أيضاً تبعاً للأرض.**

وأمّا إذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجري فيها الشفعة.

وللمادّتين قارن: تبيين الحقائق ٥:٢٥٢، نهاية المحتاج ٥:١٩٥ ـ ١٩٦، الفتاوى الهندية ٥:١٦١، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٣٦ و٢٣٧، اللباب ٢:١٠٩.

(١) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٧ ـ هي:

(بناءً عليه لو بيع ملك عقاري لا يكون متولّي عقار الوقف الذي في اتّصاله أو متصرّفه شفيعاً).

انظر: تبيين الحقائق ٥:٢٥٢، مغني المحتاج ٢:٢٩٨، نهاية المحتاج ٥:١٩٩، شرح منتهىٰ الإرادات ٢:٤٤١، الفتاوى الهندية ٥:١٦١، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢٣ و٢٣٣.

(٢) كالمرتضىٰ في الانتصار ٤٥٧.

(٣) كالطوسي في المبسوط ٣:١٤٥، والمحقّق الحلّي في الشرائع ٤:٧٧٧، والشهيد الأوّل في الدروس ٣:٣٥٨، والطباطبائي في الرياض ١٤:٦٦.

وفي الجواهر ٣٧:٢٦٧ (لعلّه الأقوىٰ).

بالعكس[١].

وتمسّك كلّ قائل لدعواه بوجوه لا يخلو كلّ واحد منها من خدشة.

وخلاصة التحقيق من ذلك المخض: أنّ أصل الشفعة لمّا كانت عبارة عن: تملّك الشفيع الحصّة من المشتري قهراً عليه، وهذا حكم على خلاف الأصل والعمومات التي تنصّ على أنّ الناس مسلّطون على أموالهم، وليس لإنسان أن يملك مال غيره قهراً عليه، إذاً فلا بدّ من الاقتصار في هذا الحكم المخالف للأصل على مورد اليقين، والمتيقّن ما إذا كان الشريكان يملكان ملكاً طلقاً.

أمّا في الوقف شفيعاً أو مشفوعاً به فمشكوك، والأصل عدم ثبوت الحقّ، فلا شفعة في مقام الوقف مطلقاً.

وما ذكرته (المجلّة) وجيه متقن.

[الشرط] الثالث:

(مادّة: ١٠٢١) الشفعة لا تثبت إلّا بعقد البيع ...[٢].

---

(١) كابن إدريس في السرائر ٢:٣٩٧، والعلامّة الحلّي في المختلف ٥:٣٧٢، والمقداد السيوري في التنقيح الرائع ٤:٨٥، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٦:٣٥٨.
ونسبه الشهيد الثاني للمتأخّرين في المسالك ١٢:٢٧٦.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٧ وردت آخر المادّة زيادة: (البات الصحيح).
اتّفق فقهاء أهل السنّة على أنّ التصرّف المجيز للشفعة هو عقد المعاوضة، وهو البيع وما في معناه. فلا تثبت الشفعة في الهبة والصدقة والميراث والوصية؛ لأنّ الأخذ بالشفعة يكون بمثل ما ملك، فإذا انعدمت المعاوضة تعذّر الأخذ بالشفعة.

←

يعني: يشترط أن يكون انتقال الشقص بالبيع.

أمّا لو كان بغيره من عقود المعاوضات أو غيرها كالهبة ونحوها فلا شفعة حتّى في الهبة المعوّضة؛ لما عرفت في كتاب الهبة أنّ المعوّض ليس للعين الموهوبة حتّى تكون كالبيع، بل هو عوض لنفس الهبة، فالتعاوض بين الهبتين لا بين الموهوبين[1].

وهذه من دقائق فقه الإمامية، فتدبّره.

ومنه ظهرت الخدشة في:

← وحكي عن مالك في رواية: أنّ الشفعة تثبت في كلّ ملك انتقل بعوض أو بغير عوض، كالهبة لغير الثواب والصدقة، ما عد الميراث فإنّه لا شفعة فيه باتّفاق.

ووجه هذه الرواية أنّها اعتبرت الضرر فقط.

واختلفوا في المهر وأرش الجنايات والصلح وبدل الخلع وما في معناها:

فذهب الحنفية، والحنابلة في رواية صحّحها المرداوي إلىٰ: عدم ثبوت الشفعة في هذه الأموال؛ لأنّ النصّ ورد في البيع فقط، وليست هذه التصرّفات بمعنىٰ البيع، ولاستحالة أن يتملّك الشفيع بمثل ما تملّك به هؤلاء.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية أُخرىٰ إلىٰ: ثبوت الشفعة في هذه التصرّفات قياساً على البيع بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر.

ثمّ نصّ الحنابلة على أنّ الصحيح عندهم أنّه إذا ثبتت الشفعة في هذه الحال فيأخذه الشفيع بقيمته، وفي قول: بقيمة مقابله.

راجع: المبسوط للسرخسي ١٤:١٤١ و١٤٥، بدائع الصنائع ٦:١١١، بداية المجتهد ٢:٢٥٧، المغني ٥:٤٦٧، فتح العزيز ١١:٤٢٥، تبيين الحقائق ٥:٢٥٢ ـ ٢٥٣، تصحيح الفروع للمرداوي ٤: ٥٣٦ ـ ٥٣٧، مغني المحتاج ٢:٢٩٨، نهاية المحتاج ٥:١٩٩، الفتاوى الهندية ٥:١٦٠، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٣١ و٢٣٦.

(١) تقدّم ذلك في ج١ ص٢٩٥.

(مادّة: ١٠٢٢) الهبة بشرط العوض في حكم البيع ...[١].

نعم، يتفرّع على اشتراط الانتقال بالبيع وخروج غيره:

(مادّة: ١٠٢٣) لا تجري الشفعة في العقار الذي ملّك لآخر بلا بدل، كتملّك أحد عقاراً بلا عوض[٢].

[الشرط] الرابع:

(مادّة: ١٠٢٤) يشترط أن لا يكون للشفيع رضئ[٣].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٧ وردت تكملة المادّة بالصيغة التالية:

(بناءً عليه لو ذهب وسلّم أحد داره المملوكة لآخر بشرط عوض يكون جاره الملاصق شفيعاً).

ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو الأصحّ عند الشافعية إلىٰ: أنّه إذا كانت الهبة بشرط العوض، فإن تقابضا وجبت الشفعة؛ لوجود معنىٰ المعاوضة عند التقابض عند الحنفية ورأي للشافعية، وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمّد.

وعند زفر: تجب الشفعة بنفس العقد، وهو الأظهر عند الشافعية.

انظر: المبسوط للسرخسي ١٤١:١٤، بدائع الصنائع ١١٤:٦، بداية المجتهد ٢٥٧:٢ ـ ٢٥٨، المغني ٤٦٨:٥، فتح العزيز ٤٢٥:١١، تبيين الحقائق ٢٥٣:٥، مغني المحتاج ٢٩٨:٢ ـ ٢٩٩، نهاية المحتاج ١٩٩:٥، الفتاوى الهندية ١٦٠:٥، حاشية ردّ المحتار ٢٣٦:٦ ـ ٢٣٧، اللباب ١١٠:٢.

(٢) ورد: (بلا شرط عوض أو بميراث أو بوصية) بدل: (بلا عوض) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٧.

قارن: بدائع الصنائع ١١١:٦ ـ ١١٢، تبيين الحقائق ٢٥٣:٥، الفتاوى الهندية ١٦٠:٥، حاشية ردّ المحتار ٢٣٧:٦.

(٣) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١١٧ ـ هي:

←

ولم تحسن (المجلّة) التعبير عن هذا الشرط فجاء مختلّ اللفظ والمعنى؛ فإنّ الرضا بالبيع لا يسقط الشفعة بل يولّدها، ولولا البيع لم تكن الشفعة، وإنّما يسقطها إسقاطه لها أو تماهله عن الأخذ بها بناءً على ما سيأتي من الفورية[١].

وقد حصل مثل هذا الوهم لبعض أساتيذنا[٢]، فقال في حواشيه على التبصرة: (لو أذن في البيع معرضاً فالأقوى البطلان، أي: بطلان الشفعة، وكذا فيما لو بارك أو شهد إذا ظهر منه الإعراض) انتهى.

وكنّا قد علّقنا عليها ما نصّه:

الشفيع يأخذ من المشتري لا من البائع، فإذنه كإعراضه لعلّه وصلة إلى غرضه.

← (في عقد البيع الواقع صراحة أو دلالة.

مثلاً: إذا سمع عقد البيع وقال: هو مناسب، يسقط حقّ شفعته، وليس له طلب الشفعة بعد ذلك.

وكذا إذا أراد أن يشتري أو يستأجر العقار المشفوع من المشتري ـ بعد سماعه بعقد البيع ـ يسقط حقّ شفعته.

وكذلك إذا كان وكيلاً للبائع فليس له حقّ شفعة في العقار الذي باعه.

راجع: مادّة: ١٠٠).

لاحظ: بدائع الصنائع ٦:١٤٨، الفتاوى الهندية ٥:١٦١.

(١) سيأتي في ص٢٨١ و٢٩٦ و٢٩٨.

(٢) الذي يظهر أنّ المراد به هو الشيخ الآخوند الخراساني صاحب كفاية الأُصول، حيث إنّ له شرح للتبصرة، وكان أحد أساتذة المؤلّف رحمه الله.

وقد ترجمت له في مقدمّة الجزء الأوّل ص٥٢، فراجع.

هذا، وليس لدينا للأسف حاشية الآخوند على التبصرة.

ومثله: لو بارك أو شهد، فالشفعة في الجميع ثابتة، فتدبّره جيّداً.

وكذا لا يلزم سقوط الشفعة لو كان وكيلاً للبائع في البيع، بل كلّ ذلك محقّق لموضوعها لا مسقط لها.

نعم، لو استأجر من المشتري سقطت.

ووجهه واضح.

وكذا لو أعرض عن المشتري بعد علمه بشرائه ولم يبادر إلى الأخذ سقطت شفعته؛ لفوات الفورية لا للإعراض، فتدبّره.

[الشرط] الخامس:

(مادّة: ١٠٢٥) يشترط أن يكون البدل مالاً معلوم المقدار.

بناءً عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بالبدل الذي هو غير مال، كبدل أُجرة الحمّام... إلى آخرها[(١)].

اعتبار معلومية البدل - أي: الثمن - ليس شرطاً في أصل ثبوت الشفعة، وإنّما هو شرط في إعمالها - أي: الأخذ بها - احترازاً عمّا لو جهل الثمن لغيبة البائع أو المشتري أو موتهما بحيث لم يعلم بمقدار الثمن، فإنّه لا يمكن الأخذ بها.

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٧ - ١١٨ ورد آخر المادّة بلفظ:
(مثلاً: لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت بدل أُجرة الحمّام؛ لأنّ بدل الدار هنا ليس بمال، وإنّما هو الأُجرة التي هي من قبيل المنافع.
كذلك لا تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلاً عن المهر).
لاحظ بدائع الصنائع ٦: ١١٤.

فسقوطها في مثل ذلك من جهة تعذّر العمل بها، لا بمعنى: أنّه إذا لم يعلم مقدار الثمن حين البيع أو حين قوله: شفعت، تكون باطلة، بل له أن يقول: شفعت بالثمن الذي اشتريت به مهما كان.

وتوهّم: لزوم الغرر [1] مدفوع: بأنّه ربّما يكون عالماً إجمالاً بأنّ الثمن عاد لأوانه لا يزيد على عن ثمن المثل إلّا قليلاً.

وعلى كلّ حال، فهذا الشرط قد ذكره فقهاؤنا أيضاً[2]، ولكن يلزم أن يحمل على المعنى الذي ذكرنا، لا على ما يترائىٰ من (المجلّة) وغيرها من أنّه شرط في عداد سائر الشروط لأصل ثبوت حقّ الشفعة، مثل: كونه عقاراً، وأنّ الانتقال بالبيع، ونحوها.

هذا **أوّلاً**.

وثانياً: فلو سلّم أنّ المعلومية شرط كسائر الشروط، ولكن الذي يصحّ أن يتفرّع عليه: أنّه لو شفع ـ وهو جاهل بمقدار الثمن ـ لم تؤثّر شفعته، لا عدم جريانها فيما إذا كان البدل غير مال، كالدار التي ملكت بدل أُجرة الحمّام.

وثالثاً: لا أدري لماذا صارت أُجرة الحمّام ليست بمال، وأُجرة الحمّام لا تخلو إمّا أن تكون نقوداً، وهي مال بلا إشكال، وإمّا أن تكون عروضاً كدار مثلاً، وهي مال أيضاً بلا ريب، وبدلها ـ وهو منافع الحمّام ـ أيضاً مال؛ لأنّ

---

(١) انظر الجواهر ٣٧: ٣٨٠.

(٢) كالمحقّق الحلّي في الشرائع ٤: ٧٨٤، والشهيد الثاني في المسالك ١٢: ٣٣٥، والنجفي في الجواهر ٣٧: ٣٨٠.

معيار المال عند العرف هو ما يبذل المال بإزائه، أي: ما يبذل أحد النقدين بدلاً عنه، ومن المقطوع به أنّ منافع الحمّام تبذل الدراهم والدنانير بإزائها، فهي مال.

فالمنافع مال وأعواضها من نقود وعروض أيضاً مال حتّى الدار، فلماذا لا تجري الشفعة لو كان فيها شقص للغير فباعها، وكذلك الدار لو ملكت شقصها المرأة مهراً ثمّ باعته فلشريكها أن يشفع.

نعم، لو ملكته مهراً لم يكن للشريك شفعة؛ لأنّها لم تملكه بالبيع، وهو من أهمّ شرائط الشفعة، كما عرفت[1].

فهذا الشرط ـ مضافاً إلى أنّه لا محصّل له ـ ساقط بالكليّة كسقوط الشرط السادس:

(مادّة: ١٠٢٦) يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع.

بناءً عليه...[2].

---

(١) وذلك في ص٢٧٨.

(٢) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٨:

(لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حقّ استرداد البائع.

وإنّما في البيع بشرط الخيار إن كان المخيّر المشتري فتجري الشفعة، وإن كان المخيّر البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حقّ خياره.

وأمّا خيار العيب وخيار الرؤية فليسا بمانعين لثبوت الشفعة).

اتّفق الفقهاء على أنّه إن كان الخيار للبائع وحده أو للبائع والمشتري معاً فلا شفعة حتّى يجب البيع؛ لأنّهم اشترطوا لجواز الشفعة زوال ملك البائع عن المبيع.

وإذا كان الخيار للمشتري فقد قال الحنفية: تجب الشفعة؛ لأنّ خياره لا يمنع زوال المبيع عن

←

فإنّه فضلة مستدرك؛ إذ البيع الفاسد ليس بيعاً حتّى على القول بالأعمّ، فإنّه ليس الفاسد بمراد في هذه الموارد التي يدور الحكم فيها على الانتقال لا على إجراء العقد فقط، والفاسد عندنا غير مؤثّر كالباطل على ما سبق في محلّه(١).

أمّا البيع الخياري فلا يمنع من الأخذ بالشفعة، بل للشفيع أن يأخذ

← ملك البائع وحقّ الشفعة يقف عليه.

وعند المالكية: لا تجب الشفعة؛ لأنّه غير لازم؛ لأنّ بيع الخيار منحلّ على المشهور، إلّا بعد مضيه ولزومه فتكون الشفعة.

وأمّا الشافعية فقد قالوا: إن شرط الخيار للمشتري وحده فعلىٰ القول بأنّ الملك له ففي أخذه بالشفعة قولان:

الأوّل: المنع؛ لأنّ المشتري لم يرض بلزوم العقد، وفي الأخذ إلزام وإثبات للعهدة عليه.

والثاني ـ وهو الأظهر: يؤخذ؛ لأنّه لا حقّ فيه إلّا للمشتري، والشفيع سلّط عليه بعد لزوم الملك واستقراره فقبله أولىٰ.

وعند الحنابلة: لا تثبت الشفعة قبل انقضاء الخيار، كما قال المالكية.

وقال الحنفية: ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له؛ لأنّ شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه وأنّه يمنع وجوب الشفعة، فإن أجاز الشفيع البيع جاز ولا شفعة؛ لأنّ البيع تمّ من جهته فصار كأنّه باع ابتداءً، وإن فسخ البيع فلا شفعة له؛ لأنّ ملك البائع لم يزل.

والحيلة للشفيع في ذلك ألّا يفسخ ولا يجيز حتّى يجيز البائع أو يجوّز البيع بمضي المدّة فتكون له الشفعة.

لاحظ: الموطّأ ٢:٧١٧، الأُم ٤:٤، بدائع الصنائع ٦:١١٨ و١١٩، بداية المجتهد ٢:٢٥٨، المغني ٥:٤٧١، فتح العزيز ١١:٤٠٨ وما بعدها، المجموع ١٤:٣٠٩ و٣٤٣، تبيين الحقائق ٥:٢٣٩ و٢٤٦ ـ ٢٤٧ و٢٥٣ ـ ٢٥٤، مغني المحتاج ٢:٢٩٩ وما بعدها، نهاية المحتاج ٥:٢٠٠، الفتاوى الهندية ٥:١٦١، مجمع الأنهر ٢:٤٧٦ و٤٨٠، تكملة البحر الرائق ٨:١٣٢ و١٣٩.

(١) سبق في ج ١ ص ٣٠٧.

وللبائع أن يعمل خياره إذا شاء ولو كان الخيار للمشتري انتقل مع الشقص إلى الشفيع إن شاء أعمله وإن شاء ترك.

إذاً فلا فائدة بهذا الشرط، وهو مستدرك استدراك:

(مادّة: ١٠٢٧) لا تجري الشفعة في تقسيم العقار[١].

فقد مرّ أنّها لا تثبت إلّا بالبيع[٢]، والقسمة ليست بيعاً[٣]، فذكره

---

(١) للمادّة تكملة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٨ هي:

(فلو اقتسمت دار مشتركة بين المتشاركين فلا يكون الجار الملاصق شفيعاً).

قارن: تبيين الحقائق ٥:٢٥٥، مجمع الأنهر ٢:٤٨٠ ـ ٤٨١، الفتاوى الهندية ٥:١٦٠ و١٧٧، تكملة البحر الرائق ٨: ١٤٠.

(٢) وذلك في ص٢٧٨ و٢٨٢.

(٣) اختلف فقهاء أهل السنّة في أنّ القسمة هل هي بيع أو محض تمييز حقوق؟

ولهم في ذلك أربعة مذاهب:

المذهب الأوّل: أنّها بيع بإطلاق.

وعليه مالك، وبعض أصحابه ـ لكنّه خلاف المشهور عندهم ـ وبعض الشافعية، وصحّحه جمع من قدامى أصحابهم والرافعي والنووي، وبعض الحنابلة، وهو رواية عن أحمد.

المذهب الثاني: أنّها محض تمييز حقوق بإطلاق.

وعليه بعض الشافعية، ومعهم المجد بن تيمية من الحنابلة، وكذلك بعض المالكية إذا لم تقع القسمة جزافاً.

المذهب الثالث: أنّها تمييز حقوق في بعض دون بعض.

فعند جمهور المالكية، وهي رواية المدوّنة عن مالك: أنّها تمييز حقوق فيما تماثل، أي: كان من نوع واحد مع تساوي الرغبات والقيمة كالدور والفدادين المتقاربة في المسافة عرفاً المتساوية في القيمة عند أهل الخبرة وفي الرغبة لدى الشركاء، أو تقارب وتجانس ككلّ ما يلبس من الثياب؛ لأنّ الغرض الأهم هو اللبس، فالقطن والصوف والحرير وغيرها من مخيط وغير مخيط تدخل في عداد المتقارب إذا وقعت قسمته بطريق القرعة، أمّا في ما عدا

←

مستدرك.

← ذلك فبيع.

وعند جمهور الشافعية: تمييز حقوق في قسمة المتشابهات، وذلك حيث تتساوى الأنصباء صورة وقيمة سواء في ذلك المثلي والقيمي، وأمّا فيما عدا ذلك فبيع.

وعند جمهور الحنابلة، وبعض الشافعية: تمييز حقوق في ما عدا قسمة الردّ، أمّا في قسمة الردّ فبيع.

وقسمة الردّ هي التي يستعان في تعديل أنصبائها بمال أجنبي، كأرض بين اثنين في أحد جانبيها ما لا يقبل القسمة، كمعدن أو بناء أو بئر ماء، وربّما كانت قيمته وحده تعادل قيمة الأرض كلّها أو تزيد.

فمن وجهة نظر الحنابلة وموافقيهم من الشافعية أنّ الرادّ إنّما بذل مقابل ما حصل له من حقّ شريكه عوضاً عنه، وهذا هو معنىٰ البيع، أمّا في غير قسمة الردّ فيتمسّك بتغاير اللوازم، كما تمسّك أرباب المذهب الثاني.

وبعض الشافعية الذين هم من أرباب المذهب الثالث لا ينازعون في أنّ قسمة الردّ بيع، ولكنّهم يقولون كذلك أيضاً: كلّ قسمة أُخرىٰ يحتاج فيها إلى تعديل الأنصباء بواسطة التقويم ليصير ما يأخذه بها كلّ شريك حقّاً خالصاً له؛ إذ التقويم تخمين يخطئ ويصيب، كما في دار بعضها لَبِن وبعضها حجر، وأرض بعضها جيّد وبعضها رديء، وبستان بعض نخل وبعضه كرم. وتسمّىٰ قسمة تعديل.

وربّما قيل: لو كانت قسمة التعديل بيعاً لما قبلت الإجبار كقسمة الردّ.

وقد قيل في مذهب الشافعية بعدم قبولها الإجبار فعلاً.

المذهب الرابع: أنّها لا تخلو من المعنين، إلّا أنّه في قسمة المثلي يغلب معنىٰ تمييز الحقوق (الإفراز)، وفي قسمة القيمي يغلب معنىٰ البيع.

وهذا هو مذهب الحنفية لا يختلفون عليه.

انظر: المهذّب للشيرازي ٢:٣٠٦، المغني ١١:٤٩١ و٤٩٢، الإنصاف ١١:٣١٠ و٣١٨، مغني المحتاج ٤:٤٢١ ـ ٤٢٤، نهاية المحتاج ٨:٢٨٩، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ١٠:٢٠٦ وما بعدها، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٥٤، اللباب ٤:٩١.

وادعىٰ النجفي عدم الخلاف بين الإمامية في أنّ القسمة ليست بيعاً في الجواهر ٢٦:٣٠٩.

إلى هنا انتهت شروط الشفعة في (المجلّة)، وتبقى شروط أُخرى لم تذكرها، ولعلّ إجماع الإمامية أخيراً على اعتبارها في ثبوت أصل هذا الحقّ:

الأوّل: أن لا يزيد الشركاء على اثنين(١).

وفي المتقدّمين من يذهب إلى: ثبوتها حتّى مع التعدّد(٢).

ولكن انعقد إجماع المتأخّرين ظاهراً على اعتبار الاثنين لا غير(٣).

الثاني: أن يكون الشفيع مسلماً لو كان المشتري مسلماً(٤).

فلا شفعة لكافر على مسلم، وللمسلم الشفعة عليه.

الثالث: قدرته على الثمن أو بدله حالاً إن كان البيع حالاً، أمّا لو كان

---

(١) ادّعي الإجماع في: الانتصار ٤٥٠، والجواهر ٣٧:٢٧٢.

(٢) راجع ص ٢٧٠ (الهامش الرابع).

(٣) انظر الجواهر ٣٧:٢٧٢.

(٤) لاحظ: الانتصار ٤٥٢ ـ ٤٥٣، الخلاف ٣:٤٥٣ ـ ٤٥٤، المسالك ١٢: ٢٧٨، مجمع الفائدة ٩:٢٦، الجواهر ٣٧:٢٧ و ٢٩٤.

وبهذا قال أحمد والشعبي.

وقال أبو حنيفة و أصحابه، ومالك، والشافعي، والأوزاعي، والنخعي: يستحقّ الذمي الشفعة على المسلم مثل المسلم سواء.

وقال الحسن بن صالح بن حي: لا شفعة له عليه في الأمصار، وله الشفعة في القرىٰ.

راجع: مسائل الإمام أحمد ٢٠٣، المبسوط للسرخسي ١٤:٩٣ و١٦٨، حلية العلماء ٥:٢٧١، بدائع الصنائع ٦:١٢٦، المغني ٥:٥٥١، فتح العزيز ١١: ٣٩٢، المجموع ١٤:٣٠٣ و٣١٤، تبيين الحقائق ٥:٢٤٩ ـ ٢٥٠، مواهب الجليل ٥:٣١٠، مغني المحتاج ٢:٢٩٨، الفتاوى الهندية ٥:١٦١.

مؤجّلاً فإمّا يدفعه حالاً، وإلاّ يلزم بكفيل بالإيفاء عند حلول الأجل[١].

ثمّ إنّه لا يشترط في الشفيع ـ أي: من له حقّ الشفعة ـ البلوغ ولا الرشد[٢].

فيثبت للصبي مطلقاً وللمجنون وللسفيه، ويأخذ لهم الولي مع المصلحة، ولو أهمل كان لكلّ واحد منهم أن يشفع بعد زوال العذر، خلافاً لما في (المجلّة):

(مادّة: ١٠٣٥) يطلب حقّ شفعة المحجورين وليهم. وإن لم يطلب الولي حقّ شفعة الصغير فلا تبقى له صلاحية طلب حقّ الشفعة بعد البلوغ[٣].

---

(١) قارن: المسالك ١٢: ٢٨٤، مجمع الفائدة ٩:١٩، الجواهر ٣٧: ٢٧٠ و٢٧٩.

(٢) راجع: المسالك ١٢:٢٨٦، الحدائق ٢٠:٣١٣.

وقد قال الشيخ الطوسي في الخلاف (٣:٤٤٣) ما نصّه:

(الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه لهم الشفعة، ولوليهم أن يأخذ لهم الشفعة.

والولي: الأب، أو الجدّ، أو الوصي من قبل واحد منهما، أو أمين الحاكم إذا لم يكن أب.

وللولي أن يأخذ بالشفعة، ولا يجب أن ينتظر بلوغ الصبي ورشاده.

وبه قال جميع الفقهاء.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا شفعة للمحجور عليه.

وقال الأوزاعي: ليس للولي الأخذ، لكنّه يصبر حتّىٰ إذا بلغ ورشد كان له الأخذ أو الترك.

انظر: الأُم ٤:٧ و٨، المغني ٥:٤٩٥ ـ ٤٩٦، فتح العزيز ١١:٤٣٣ ـ ٤٣٤، الفتاوى الهندية ٥:١٩١ ـ ١٩٢.

(٣) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩.

وهذا المذكور في هذه المادّة هو رأى أبي حنيفة وأبي يوسف.

أمّا الشافعي فذهب إلىٰ: أنّه له المطالبة بالأخذ، وهو ظاهر كلام أحمد، وبه قال محمّد

←

فإن هذا ـ على إطلاقه ـ غير صحيح.

نعم، لو أنّ الولي أهمل إعماله من جهة عدم المصلحة في ذلك الوقت اتّجه سقوطها بعد البلوغ.

أمّا لو كان تقصيراً من الولي فلا سقوط؛ لأنّه حقّ مالي ثابت، فإن لم يعمله الولي استوفاه صاحب الحقّ بعد كماله وارتفاع المانع.

← الشيباني، وزفر، والأوزاعي.

راجع: مختصر المزني ١٢٠، حلية العلماء ٥:٣١٢، المغني ٥:٤٩٥، تبيين الحقائق ٥:٢٦٣، الفتاوى الهندية ٥: ١٩٢.

الفصل الثالث

[في بيان أنواع طلب الشفعة وكيفية طلبها]

[مادّة : ١٠٢٨] يلزم في الشفعة ثلاث مطالبات[١].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٨ وردت المادّة بالصيغة التالية :

(يلزم في الشفعة ثلاثة طلبات ، وهي : طلب المواثبة ، وطلب التقرير والإشهاد ، وطلب الخصومة والتملّك) .

وسنتعرّض هنا لهذه المسألة المهمّة ، ونذكر أقوال فقهاء العامّة واستدلالاتهم في المقام بالنسبة لهذه المطالبات ، كلّ على حدة ، حيث إنّ المصنّف ﷺ لم يتعرّض لهذه المسألة .

أوّلاً : طلب المواثبة .

وقت هذا الطلب هو وقت علم الشفيع بالبيع ، وعلمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه ، وقد يحصل بإخبار غيره له .

واختلف الحنفية في اشتراط العدد والعدالة في المخبر :

فقال أبو حنيفة : يشترط أحد هذين : إمّا العدد في المخبر وهو رجلان أو رجل وامرأتين ، وإمّا العدالة .

ووجه قوله هذا : أنّ هذا إخبار فيه معنىٰ الإلزام . ألا ترىٰ أنّ حقّ الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر ، فأشبه الشهادة ، فيعتبر فيه أحد شرطي الشهادة وهو العدد أو العدالة .

وقال أبو يوسف ومحمّد : لا يشترط فيه العدد ولا العدالة ، فلو أخبره واحد بالشفعة عدلاً كان أو فاسقاً ، فسكت ولم يطلب في المجلس ـ على رواية محمّد ـ بطلت شفعته عندهما إذا ظهر كون الخبر صادقاً .

ووجه قولهما : أنّ العدد والعدالة لا يعتبران شرعاً في المعاملات ، و هذا من باب المعاملة ، فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة .

←

....

→ لاحظ بدائع الصنائع ٦:١٢٨.

وشرط طلب المواثبة أن يكون من فور العلم بالبيع إذا كان قادراً عليه حتّىٰ لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حقّ الشفعة في رواية الأصل.

وروي عن محمّد: أنّه على المجلس كخيار المخيّرة وخيار القبول ما لم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر لا تبطل شفعته وله أن يطلب.

وذكر الكرخي: أنّ هذا أصحّ الروايتين.

ووجه هذه الرواية: أنّ حقّ الشفعة ثبت نظراً للشفيع دفعاً للضرر عنه، فيحتاج إلى التأمّل أنّ هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن، وأنّه هل يتضرّر بجوار هذا المشتري فيأخذ بالشفعة، أو لا يتضرّر به فيترك. وهذا لا يصحّ بدون العلم بالبيع، والحاجة إلىٰ التأمّل شرط المجلس في جانب المخيّرة والقبول كذا هاهنا.

ووجه رواية الأصل: ما روي أنّ الرسول ﷺ قال: «الشفعة كحلّ العقال». (سنن ابن ماجة ٢:٨٣٥).

ولأنّه حقّ يثبت على خلاف القياس؛ إذ الأخذ بالشفعة تملّك مال معصوم بغير إذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم، فلا يستقرّ إلّا بالطلب على المواثبة.

راجع: بدائع الصنائع ٦:١٢٨ و١٤٦، تبيين الحقائق ٥:٢٤٢، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢٤.

واستثنىٰ الحنفية القائلون بوجوب المواثبة حالات يعذر فيها بالتأخير، كما إذا سمع بالبيع في حال سماعه خطبة الجمعة أو سلّم على المشتري قبل طلب الشفعة ونحو ذلك.

انظر حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢٤ ـ ٢٢٥.

وكذلك إذا كان هناك حائل ـ بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع ـ لا تبطل شفعته بترك المواثبة إلىٰ أن يزول الحائل.

قارن بدائع الصنائع ٦:١٣١.

وذهب المالكية إلىٰ: أنّ الشفعة ليست على الفور، بل وقت وجوبها متّسع.

واختلف قول مالك في هذا الوقت هل هو محدود أو لا، فمرّة قال: هو غير محدود و إنّها لا تنقطع أبداً، إلّا أن يحدث المبتاع بناءً أو تغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت، ومرّة حدّد هذا الوقت بسنة، وهو الأشهر كما يقول ابن رشد، وقيل: أكثر من السنة، وقد قيل عنه:

←

....

→ إنّ الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة.

لاحظ بداية المجتهد ٢: ٢٦١ ـ ٢٦٢.

والأظهر عند الشافعية: أنّ الشفعة يجب طلبها على الفور؛ لأنّها حقّ ثبت لدفع الضرر، فكان على الفور كالردّ بالعيب.

وهو موافق لرواية الأصل، والصحيح من مذهب الحنابلة.

ومقابل الأظهر ثلاثة أقوال:

أوّلها: إنّ حقّ الشفعة مؤقّت بثلاثة أيام بعد المكنة، فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقّه، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت.

وثانيها: تمتّد مدّة تسع التأمّل في مثل ذلك الشقص.

وثالثها: امتداد حقّ الشفعة على التأبيد ما لم يسقطه أو يعرّض بإسقاطه.

راجع: مغني المحتاج ٢: ٣٠٧، نهاية المحتاج ٥: ٢١٦.

وقد استثنىٰ بعض الشافعية عشرة صور لا يشترط فيها الفور هي:

١ـ لو شرط الخيار للبائع أو لهما، فإنّه لا يؤخذ بالشفعة مادام الخيار باقياً.

٢ـ يجوز له التأخير لانتظار إدراك الزرع وحصاده على الأصحّ.

٣ـ إذا أخبر بالبيع على غير ما وقع من زيادة في الثمن فترك ثمّ تبيّن خلافه فحقّه باق.

٤ـ إذا كان أحد الشفيعين غائباً فللحاضر انتظاره وتأخير الأخذ إلى حضوره.

٥ـ إذا اشترىٰ بمؤجّل.

٦ـ لو قال: لم أعلم أنّ لي الشفعة، وهو ممّن يخفىٰ عليه ذلك.

٧ـ لو قال العامّي: لم أعلم أنّ الشفعة على الفور، فإنّ المذهب هنا وفي الردّ بالعيب قبول قوله.

٨ـ لو كان الشقص الذي يأخذ بسببه مغصوباً، كما نصّ عليه البويطي فقال: وإن كان في يد رجل شقص من دار فغصب على نصيبه ثمّ باع الآخر نصيبه ثمّ رجع إليه فله الشفعة ساعة رجوعه إليه، نقله البلقيني.

٩ـ الشفعة التي يأخذها الولي لليتيم ليست على الفور، بل حقّ الولي علىٰ التراخي قطعاً، حتّىٰ لو أخّرها أو عفا عنها لم يسقط لأجل اليتيم.

←

....

← ١٠ـ لو بلغه الشراء بثمن مجهول فأخّر ليعلم لا يبطل، قاله القاضي حسين.
انظر مغني المحتاج ٢:٣٠٧.
والصحيح في مذهب الحنابلة: أنّ حقّ الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع، وإلّا بطلت.
نصّ عليه أحمد في رواية أبي طالب.
وحكي عنه رواية ثانية: أنّ الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدلّ على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك.
قارن: المغني ٥:٤٧٧ وما بعدها، كشّاف القناع ٤:١٤٠ وما بعدها.
وإن كان للشفيع عذر يمنعه الطلب، مثل: أن لا يعلم بالبيع فأخّر إلى أن علم وطالب ساعة علم، أو علم الشفيع بالبيع ليلاً فأخّر الطلب إلى الصبح، أو أخّر الطلب لشدّة جوع أو عطش حتّىٰ يأكل ويشرب، أو أخّر الطلب محدث لطهارة، أو إغلاق باب، أو ليؤذّن ويقيم ويأتي بالصلاة بسننها، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها، ونحوه، كمن علم وقد ضاع منه مال فأخّر الطلب يلتمس ما سقط منه، فإنّه لا تسقط الشفعة؛ لأنّ العادة تقديم هذه الحوائج ونحوها على غيرها، فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرّك دابّته فلم يفعل ومضى على حسب عادته.
وهذا إذا لم يكن المشتري حاضراً عند الشفيع في هذه الأحوال، فتسقط بتأخيره؛ لأنّه مع حضوره يمكنه مطالبته من غير اشتغال عن أشغاله إلّا الصلاة، فلا تسقط الشفعة بتأخير الطلب للصلاة وسننها ولو مع حضور المشتري عند الشفيع؛ لأنّ العادة تأخير الكلام عن الصلاة، وليس على الشفيع تخفيف الصلاة ولا الاقتصار على أقلّ ما يجزئ في الصلاة.
لاحظ كشّاف القناع ٤:١٤١ ـ ١٤٢.
أمّا الإشهاد على طلب المواثبة فليس بشرط عند الحنفية والشافعية. وأمّا الحنابلة فيشترطونه.
راجع: بدائع الصنائع ٦:١٣١، تبيين الحقائق ٥:٢٤٢ ـ ٢٤٤، مغني المحتاج ٢:٣٠٧، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢٥.
ثانياً: طلب التقرير والإشهاد.

←

....

← وهذه المرحلة من المطالبة اختصّ بذكرها الحنفية.
ومعناها: أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده، أو على المشتري وإن لم يكن العقار في يده، أو عند المبيع بأنّه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن.
انظر: تبيين الحقائق ٥:٢٤٤، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢٥.
وكيفيته: أنّ الشفيع بالخيار إن شاء طلب من البائع وإن شاء طلب من المشتري وإن شاء طلب عند المبيع. وهذا كلّه إذا كان المبيع في يد البائع.
وإن كان في يد المشتري فإن شاء طلب من المشتري، وإن شاء عند المبيع، ولا يطلب من البائع؛ لأنّه خرج من أن يكون خصماً؛ لزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الأجنبي. وهذا كلّه أيضاً لو كان قادراً على طلب من المشتري أو البائع أو عند المبيع.
قارن تبيين الحقائق ٥:٢٤٢.
والإشهاد على طلب التقرير ليس بشرط لصحّته، وإنّما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في طلب المواثبة. كما أنّ تسمية المبيع وتحديده ليست بشرط لصحّة الطلب والإشهاد في ظاهر الرواية.
وروي عن أبي يوسف: أنّه شرط؛ لأنّ الطلب لا يصحّ إلّا بعد العلم، والعقار لا يصير معلوماً إلّا بالتحديد، فلا يصحّ الطلب والإشهاد بدونه.
لاحظ بدائع الصنائع ٦:١٣١ ـ ١٣٢.
وقد اختلفت عبارات مشايخ الحنفية في ألفاظ الطلب، وصحّح الكاساني أنّه لو أتى بلفظ يدلّ على الطلب بأيّة صورة كان فإنّه يكفي، نحو أن يقول: ادّعيت الشفعة، أو: سأله الشفعة.
وذلك لأنّ الحاجة إلى الطلب، ومعناه يتأدّى بكلّ لفظ يدلّ عليه سواء أكان بلفظ الطلب أم لا.
ومن صور هذا الطلب ما ذكر في الكنز، وهي: أن يقول الشفيع: إنّ فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها، وقد طلبت الشفعة وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك.
راجع: بدائع الصنائع ٦:١٣٢، تبيين الحقائق ٥:٢٤٤.
وأمّا حكم هذا الطلب عند الحنفية فهو استقرار الحقّ، فالشفيع إذا أتى بطلبين صحيحين ←

....

← (طلب المواثبة وطلب التقرير) استقرّ الحقّ علىٰ وجه لا يبطل بتأخير المطالبة أمام القاضي بالأخذ بالشفعة أبداً حتّىٰ يسقطها بلسانه.

وهو قول أبي حنيفة، وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف.

ووجه قول أبي حنيفة: أنّ الحقّ للشفيع قد ثبت بالطلبين، والأصل أنّ الحقّ متىٰ ثبت لإنسان لا يبطل إلّا بإبطاله، ولم يوجد؛ لأنّ تأخير المطالبة منه لا يكون إبطالاً، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون.

وفي رواية أُخرىٰ عن أبي يوسف قال: إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته، ولم يؤقّت فيه وقتاً.

وروي عنه كذلك: أنّه قدّره بما يراه القاضي.

وقال محمّد وزفر: إذا مضىٰ شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته.

وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً، وبه أخذت (المجلّة) في (مادّة: ١٠٣٤).

ووجه قول محمّد وزفر: أنّ حقّ الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع، ولا يجوز دفع الضرر عن الإنسان على وجه يتضمّن الإضرار بغيره، وفي إبقاء هذا الحقّ بعد تأخير الخصومة أبداً إضرار بالمشتري؛ لأنّه لا يبني ولا يغرس خوفاً من النقض والقلع فيتضرّر به، فلابدّ من التقدير بزمان، وقدّر بالشهر لأنّه أدنىٰ الآجال، فإذا مضىٰ شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرّط في الطلب، فتبطل شفعته.

انظر: بدائع الصنائع ٦:١٣٢، تبيين الحقائق ٥:٢٤٤.

ثالثاً: طلب الخصومة والتملّك.

ومعناه: طلب المخاصمة عند القاضي، فيلزم أن يطلب الشفيع ويدعىٰ في حضور الحاكم بعد التقرير والإشهاد.

ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة. وهو رواية عن أبي يوسف.

وقال محمّد وزفر: إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت.

ولا فرق في حقّ المشتري بين الحضر والسفر، ولو علم أنّه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتّفاق؛ لأنّه لا يتمكّن من الخصومة إلّا عند القاضي فكان عذراً.

وإذا تقدّم الشفيع إلى القاضي فادّعىٰ الشراء وطلب الشفعة سأله القاضي، فإن اعترف بملكه ←

ليس في كتب أصحابنا شيء من هذه التعاريج والتخاريج، وإنّما الذي عندهم: أنّ الشريك متى علم ببيع الشريك حصّته لزمه أن يعرف الثمن. ثمّ إمّا أن يأخذ به أو يترك سواء كان في مجلس البيع أو غيره مع حضور المشتري أو عدم حضوره. غايته أنّه مع غيبته حذراً من الإنكار يشهد شاهدين ليكونا بيّنة له على الأخذ بالشفعة فوراً[١].

وقد اتّفقوا على أنّ الغائب له الشفعة ولو بعد السنين المتطاولة، ولا تسقط شفعته بترك الإشهاد وإن تمكّن منه فضلاً عمّا لو عجز عنه. وكذا المريض والمحبوس ونحوهما[٢].

كما اتّفقوا أيضاً على أنّه لو ادّعى غيبة الثمن أُجّل ثلاثة أيام، فإن لم يحضره بطلت شفعته[٣].

← الذي يشفع به، وإلّا كلّفه بإقامة البيّنة؛ لأنّ اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لإثبات الاستحقاق.

فإن عجز عن البيّنة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنّ المدّعي مالك للذي ذكره ممّا يشفع به، فإن نكل أو قامت للشفيع بيّنة ثبت حقّه في المطالبة، فبعد ذلك يسأل القاضي المدّعىٰ عليه: هل ابتاع أو لا؟ فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع: أقم البيّنة؛ لأنّ الشفعة لا تجب إلّا بعد ثبوت البيع، وثبوته بالحجّة، فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع، أو بالله ما استحقّ عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره.

ولا يلزم الشفيع إحضار الثمن وقت الدعوىٰ، بل بعد القضاء، فيجوز له المنازعة وإن لم يحضر الثمن إلى مجلس القضاء.

قارن: تبيين الحقائق ٥:٢٤٥، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٢٦.

(١) لاحظ: الشرائع ٤:٧٨٢ و٧٨٨، المسالك ١٢:٣١٠ و٣١٦ و٣١٨، مجمع الفائدة ٩:٢٨ و٣٧.

(٢) راجع: الشرائع ٤:٧٨١، المسالك ١٢:٣١٧ و٣٢٠، مجمع الفائدة ٩:٢٥.

(٣) انظر: الشرائع ٤:٧٧٨، المسالك ١٢:٢٨٥، مجمع الفائدة ٩:٢٠.

لكن في حسنة علي بن مهزيار[١] غير هذا التفصيل. قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض، فذهب على أن يحضر المال، فلم ينض[٢]، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: «إن كان معه في المصر ينتظر به إلى ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال، وإلّا فيبيع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلد

---

(١) أبو الحسن علي بن مهزيار الأهوازي. دورقي الأصل من بلدة بخوزستان، مولىٰ.

كان أبوه نصرانياً فأسلم، وقد قيل: إنّ علياً أيضاً أسلم وهو صغير، ومنّ الله عليه بمعرفة هذا الأمر، وتفقّه.

روى عن الرضا والجواد عليهما السلام واختصّ بالأخير، وتوكّل له، وعظم محلّه عنده، وكذلك توكّل للهادي عليه السلام.

كان ثقة في روايته لا يطعن عليه صحيحاً اعتقاده، كما عبّر بذلك النجاشي.

صنّف كتباً مشهورة منها: كتاب الوضوء، كتاب الصلاة، كتاب الزكاة، كتاب الصوم، كتاب الحجّ، كتاب الطلاق، كتاب الدعاء، كتاب التفسير، كتاب الزهد، كتاب الأنبياء، كتاب النوادر.

ولمّا مات عبد الله بن جندب قام علي بن مهزيار مقامه.

روى عنه: إبراهيم بن مهزيار، والعبّاس بن معروف، وأحمد بن محمّد بن عيسىٰ، ومحمّد ابن أحمد بن يحيىٰ، ومحمّد بن عبد الجبّار، وعبد الله بن محمّد بن عيسىٰ، وعبد الله بن عامر، وسهل بن زياد، والحسين بن إسحاق التاجر، وعلي بن الحسن بن فضّال، وغيرهم.

(رجال البرقي ١٢٩ و١٣١ و١٣٧، رجال النجاشي ٢٥٣، رجال الطوسي ٣٦٠ و٣٧٦ و٣٨٨، الفهرست ٢٦٥ ـ ٢٦٦، الخلاصة ١٧٥ ـ ١٧٦، نقد الرجال ٣: ٣٠٤ ـ ٣٠٥، منتهىٰ المقال ٥: ٧٤ ـ ٧٦، تنقيح المقال ٢: ٣١٠ ـ ٣١٢).

(٢) قال الجوهري: (أهل الحجاز يسمّون الدنانير والدراهم: النضّ والناضّ. قال أبو عبيد: وإنّما يسمّونه ناضّاً إذا تحوّل عيناً بعد أن كان متاعاً؛ لأنّه يقال: ما نضّ بيدي منه شيء). (الصحاح ٣: ١١٠٧).

وينصرف وزيادة ثلاثة أيام، فإن وفّاه، وإلّا فلا شفعة له»[١] انتهى.

وينبغي أن يكون المراد بصاحب الأرض هو المشتري لا البائع حتّى يتّجه استحقاق الشفعة للرجل الذي ذهب لإحضار المال، فإنّ الشفعة لا تثبت إلّا بعد البيع. ولو كان المراد بها البائع ـ أي: الذي يريد أن يبيع ـ لم يكن المقام موضع الشفعة.

وكيف كان، فلابدّ من العمل بهذا الخبر الشريف الموافق العرف والاعتبار.

وعلى كلّ حال، فقضايا الإشهاد والتقرير والمواثبة قضايا احتياطية واستعداد للكفاح في ما لو وقعت الخصومة، ولا دخل بها في أصل حقّ الشفعة، فإنّها تثبت بمجرّد بيع الشريك.

وللشفيع أن يشفع بأيّ صورة يشاء، ولكن على الفور سواء أشهد أم لا، قرّر أم لا.

ولا حاجة إلى مراجعة الحاكم، إلّا عند الخصومة، كما في سائر الخصومات.

ولا يضرّ في استحقاق الشفعة تأخيره التقرير أو الإشهاد أو مراجعة الحاكم؛ ضرورة أنّ حكم الحاكم الطريق للإثبات، لا سبب في الثبوت، فليتدبّر.

وعليه فلا يهمّ التعرّض لهذه المواد المذكورة في هذا الفصل.

---

(١) ورد الحديث بأدنىٰ تفاوت في: التهذيب ٧:١٦٧، الوسائل الشفعة ١٠:١ (٢٥:٤٠٦).

الفصل الرابع

في بيان حكم الشفعة

(مادّة: ١٠٣٦) يكون الشفيع مالكاً للمشفوع[1].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩ وردت آخر المادة زيادة: **(بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم)**.

حيث إنّ الماتن ﷺ لم يتعرّض لبيان رأي الفقهاء في كيفيّة التملّك بالشفعة نرى التعرّض له مناسباً للمقام، فنقول:

قد اختلف الفقهاء في كيفية التملّك بالشفعة:

فذهب الحنفية إلىٰ: أنّه لا يثبت الملك للشفيع إلّا بتسليم المشتري بالتراضي، أو بقضاء القاضي.

وعلّلوا للأوّل ـ أي: التملّك بالتسليم من المشتري: بأنّ الأخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع ـ وهو الثمن ـ يفسّر الشراء، والشراء تملّك.

وللثاني: بأنّ قضاء القاضي نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهراً، فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه.

واذا قضىٰ القاضي بالشفعة وكان المبيع بيد البائع فقد قال بعض مشايخ الحنفية: إنّ البيع لا ينتقض، بل تتحوّل الصفقة إلى الشفيع، وقال آخرون: ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وينعقد للشفيع بيع آخر. وهو المشهور عندهم.

وذهب المالكية إلىٰ: أنّ الشفيع يملك الشقص بأحد أُمور ثلاثة:

أ ـ حكم الحاكم له.

ب ـ دفع الثمن من الشفيع للمشتري.

ج ـ الإشهاد بالأخذ ولو في غيبة المشتري. وقيل: لابدّ أن يكون بحضوره.

وقال الشافعية: لا يشترط في التملّك بالشفعة حكم الحاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور المشتري ورضاه، ولابدّ من جهة الشفيع من لفظ، كقوله: تملّكت، أو: اخترت الأخذ

←

....

← بالشفعة، أو: أخذته بالشفعة، وما أشبهه، وإلّا فهو من قبيل المعاطاة.
ولو قال: أنا مطالب بالشفعة، لم يحصل به التملّك على الأصحّ، وبه قطع المتولّي.
ولذلك قالوا: يعتبر في التملّك بها أن يكون الثمن معلوماً للشفيع، ولم يشترطوا ذلك في الطلب.
ثمّ لا يملك الشفيع بمجرّد اللفظ، بل يعتبر معه أحد أُمور:
الأوّل: أن يسلّم العوض إلى المشتري، فيملّك به إن استلمه، وإلّا فيخلّي بينه وبينه، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتّى يلزمه التسليم، أو يقبض عنه القاضي، كما قاله النووي.
الثاني: أن يسلّم المشتري الشقص ويرضىٰ بكون الثمن في ذمّة الشفيع، إلّا أن يبيع.
ولو رضي بكون الثمن في ذمّته ولم يسلّم الشقص فوجهان:
أحدهما: لا يحصل الملك؛ لأنّ قول المشتري وعد.
والآخر ـ وهو الأصحّ عندهم: الحصول؛ لأنّه معاوضة، والملك في المعاوضات لا يقف على القبض.
الثالث: أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقّه بالشفعة ويختار التملّك، فيقضي القاضي له بالشفعة، فوجهان:
أحدهما: لا يحصل الملك حتّىٰ يقبض عوضه، أو يرضىٰ بتأخّره.
والآخر: ـ وهو الأصحّ عندهم ـ: الحصول.
وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأوّل لم يكن له أن يتسلّمه حتّىٰ يؤدّي الثمن، وأن يسلّمه المشتري قبل أداء الثمن، ولا يلزمه أن يؤخّر حقّه بتأخير البائع حقّه.
وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملّك أُمهل ثلاثة أيام، فإن انقضت ولم يحضره فسخ الحاكم تملّكه.
هكذا قاله ابن سريج والجمهور.
وقيل: إذا قصّر في الأداء بطل حقّه، وإن لم يوجد رفع الأمر إلى الحاكم وفسخ منه.
وذهب الحنابلة إلىٰ: أنّ الشفيع يملك الشقص بأخذه بكلّ لفظ يدلّ على أخذه، بأن يقول: قد أخذته بالثمن، أو: تملّكته بالثمن، أو: اخترت الأخذ بالشفعة، ونحو ذلك إذا كان الثمن والشقص معلومين، ولا يفتقر إلى حكم الحاكم.

←

تحرير هذا البحث على طرز جديد وأُسلوب مبتكر: هو أنّك ـ بعد مراجعة ما مرّ عليك من مباحث الشفعة ـ تستطيع أن تتصوّر لتكوين حقّ الشفعة وولادته ونشوئه وارتقائه ثلاث مراحل:

المرحلة الأُولى: أسباب تكوّنه في طور القوّة والاستعداد، وعمدة تلك الأسباب الشركة في العقار بنحو الإشاعة.

المرحلة الثانية: وجوده بنحو الفعلية والتحقّق، وذلك يحصل بالبيع على الأجنبي، فإذا باع الشريك حصّته على الأجنبي تحقّق له حقّ الشفعة فعلاً.

المرحلة الثالثة: استثمار ذلك الحقّ واستعماله، وهو أنّ يأخذ بالشفعة. فإذا دفع الثمن إلى المشتري ملك الحصّة قهراً عليه ووجب أن

← وقال القاضي وأبو الخطّاب: يملكه بالمطالبة؛ لأنّ البيع السابق سبب، فإذا انضمّت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع انضمّ إليه القبول.

واستدلّوا: بأنّ حقّ الشفعة ثبت بالنصّ والإجماع، فلم يفتقر إلى حكم حاكم، كالردّ بالعيب.

وعلى هذا فإنّه إذا قال: قد أخذت الشقص بالثمن الذي تمّ عليه العقد ـ وهو عالم بقدره وبالمبيع ـ صحّ الأخذ وملك الشقص، ولا خيار للشفيع ولا للمشتري؛ لأنّ الشقص يؤخذ قهراً، والمقهور لا خيار له، والأخذ قهراً لا خيار له أيضاً.

وإن كان الثمن أو الشقص مجهولاً لم يملكه بذلك؛ لأنّه بيع في الحقيقة، فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع، وله المطالبة بالشفعة، ثمّ يتعرّف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع، فيأخذه بثمنه.

ويحتمل أنّ له الأخذ مع جهالة الشقص بناءً على بيع الغائب. قارن: بدائع الصنائع ٦: ١٤٤، المغني ٥: ٤٧٤ ـ ٤٧٥، تبيين الحقائق ٥: ٢٤٢، البناية في شرح الهداية ١٠: ٣٥٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٤٧٨ و٤٧٩ و٤٨٤ ـ ٤٨٥ و٤٨٨، حاشية ردّ المحتار ٦: ٢١٩.

يتخلّى عنها.

فالأُولى قوّة، والثانية فعلية ووسيلة، والثالثة غاية.

وإن شئت قلت: الأُولى غرس، والثانية شجرة، والثالثة ثمرة.

فإنّه ـ بعد تحقّق المرحلتين ـ إن دفع الثمن فقد ملك وأخذ الفائدة، وإلّا سقط ذلك الحقّ الذي تكوّن له بتلك الأسباب.

ولعلّ إلى بعض هذا تشير (المجلّة) بقولها: **يكون الشفيع مالكاً للمشفوع بتسليمه الثمن.**

ولكن قوله: (**بالتراضي**) لا محلّ له؛ إذ ليس له الامتناع، ولا تتوقّف ملكية الشفيع على رضاه.

وغايته أنّه إذا امتنع عن قبض الثمن وعن رفع اليد عن المشفوع به يراجع الشفيع الحاكم، كما يراجع في سائر موارد الممتنعين عن أداء الحقّ.

ورفع أيديهم عن مال غيرهم لا لخصوصية في الشفعة ولا من أجل أنّ التملّك موقوف على مراجعة الحاكم ـ كما يظهر من عبارة (المجلّة) ـ فتدبّره.

ثمّ إنّ هذا التملّك القهري على المشترى الاختياري للشفيع ليس بيعاً وشراءً آخر ولا صلحاً ولا عقداً من العقود، بل هو معاملة أُخرى من المعاوضات جعلها الشارع بهذا النحو وبتلك الكيفية، ولكنّها بمنزلة الشراء في قضية دفع الثمن وأخذ المثمن، وهذا المقدار لا يكفي في ترتّب جميع آثار البيع، فيشكل في:

(مادّة : ١٠٣٧) تملّك العقار بمنزلة الشراء ابتداءً.

بناءً عليه الأحكام التي تثبت بالشراء ابتداءً ـ كالردّ بخيار الرؤية وخيار العيب ـ تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة أيضاً[١].

وتحرير هذا البحث بصورة وافية: أنّ النظر في قضية الخيارات في باب الشفعة يقع في ثلاث جهات، ما أشارت (المجلّة) إلّا إلى النزر الضئيل منها:

الأُولى: في الخيارات بين البائع والمشتري، وأنّه هل تثبت الشفعة بمجرّد العقد أو لا تثبت إلّا بعد انقضاء زمن الخيار ؟

فنقول: إنّ الخيار إمّا أن يكون للبائع فقط، أو للمشتري كذلك، أو لهما.

فإن كان للبائع فقد قال بعض أصحابنا: إنّه لا شفعة حتّى ينتهي الخيار؛ لأنّ الانتقال وإن حصل ولكنّه متزلزل، فلا شفعة إلّا بعد استقراره، وكذا لو كان الخيار للبائع فقط. أمّا لو كان الخيار للمشتري فقط فقد استقرّ من جهة البائع ولزم، فتأتي الشفعة[٢].

وهو كما ترى فيه للخدشة مجال واسع.

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩ وردت زيادة لفظ: (هو) قبل: (بمنزلة)، وورد: (فالأحكام) بدل: (الأحكام).
لاحظ الفتاوى الهندية ٥: ٢٠١.

(٢) من القائلين بذلك: الطوسي في: الخلاف ٣: ٤٤٥، والمبسوط ٣: ١٢٣، وابن البرّاج في المهذّب ١: ٤٥٥، وابن زهرة في الغنية ٢: ٢٣٣.
حكىٰ ذلك عنهم النجفي في الجواهر ٣٧: ٣٢٠.

والتحقيق: أنّ الشفعة تدور مدار العقد المؤثّر للانتقال، وتزلزله لا يمنع منها بأيّ وجه كان.

نعم، على القول: بأنّ الخيار يمنع من أصل الانتقال بالعقد ولا يحصل أثر البيع إلّا بانقضاء زمن الخيار(١) يتمّ ما ذكر.

الثانية: أنّه لو كان للمشتري خيار وأخذ الشريك بالشفعة، هل يسقط خياره؛ لعدم الفائدة له من إعمال الخيار؛ اذ ليس قصده إلّا استرداد الثمن، ولا أقلّ من تخلّصه بالفسخ من عهدة التدارك للشفيع، فإنّ الشفيع يأخذ من المشتري لا من البائع، وعليه تدارك المبيع لا على البائع؟ وهذا هو الأقوى.

الثالثة: بعد أن كان ممّا لا ينبغي الإشكال في أنّ الخيارات العامّة كخيار العيب والغبن والرؤية والشرط وأمثالها ممّا يعمّ دليلها جميع المعاوضات بيعاً أو غيره تجري في الشفعة؛ ضرورة أنّها وإن لم تكن بيعاً ولكنّها لا تخرج عن حظيرة المعاوضات، فكما يثبت للمعاوضات يثبت للشفعة.

إنّما الكلام في الخيارات الخاصّة بالبيع كخيار المجلس ـ مثلاً ـ هل يجري في الشفعة؟

وحيث علمنا أنّ الشفعة ليست بيعاً قطعاً وأنّ خيار المجلس يختصّ

---

(١) نُسب هذا القول للطوسي في: المختلف ٥: ٩٣، وكشف الرموز ١: ٤٦١، والتنقيح الرائع ٢: ٥١، ومفاتيح الشرائع ٣: ٧٥.
وانظر: الخلاف ٣: ٢٢، المبسوط ٢: ٨٤ ـ ٨٥.
وحكي عن الإسكافي في المهذّب البارع ٢: ٣٨٥.
وهو رأي الشافعي في أحد أقواله، وأبي حنيفة على تفصيل.
انظر: المجموع ٩: ٢١٣، مغني المحتاج ٢: ٤٨، اللباب ١: ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

بالبيع[١] نتج من هاتين المقدّمتين عدم الريب في عدم جريان خيار المجلس وخيار التأخير ونحوهما فيها.

وبهذا ظهر أنّه لو ظهر في المبيع المشفوع به عيب بعد الأخذ، فإن كان الشفيع والمشتري قد كانا عالمين به فلا خيار، وإن كانا جاهلين فالخيار للشفيع، فإن ردّه على المشتري كان له الخيار أيضاً. ولو كان المشتري عالماً به دون الشفيع كان للثاني الخيار فقط.

ثمّ بعد أن عرفت أنّ الشفعة حقّ وأنّها حقّ مالي تعرف يقيناً أنّها تورّث بموت من له الحقّ، ويشملها عموم: «ما ترك الميّت من حقٍّ فهو لوارثه»[٢].

فلو مات الشفيع قبل أن يأخذ سواء بعد علمه أو قبله حيث لا ينافي الفورية العرفية كان لوارثه أن يأخذ بها؛ لأنّها حقّ مالي، وكلّ حقٍّ مالي يورّث.

أمّا أرباب المذاهب فقد اختلفوا:

فالمنقول عن الحنفي: أنّه لا يورّث[٣]. وعليه جرت (المجلّة) [في]:

(مادّة: ١٠٣٨) لو مات الشفيع قبل أن يكون مالكاً للمشفوع لم

---

(١) وذلك في ٢١٣ و ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

(٢) ورد الحديث بلفظ: «من ترك مالاً فللوارث»، أو: «فلورثته» في: مسند أحمد ٢:٢٩٠ و ٤٥٣ و ٤٥٦، ٣:٢٩٦، ٤:١٣١، سنن ابن ماجة ٢: ٩١٤، السنن الكبرى للبيهقي ٦:٢١٤، الوسائل ولاء ضمان الجريرة والإمامة ٣:١٤ (٢٦:٢٤٨).

(٣) وكذلك أحمد. راجع: فتح العزيز ١١:٤٧٧، اللباب ٢:١١٣.
ولمراجعة المصادر الحنفيّة انظر الهامش التالي.

ينتقل حقّ الشفعة إلى ورثته[١].

ووافقهم جماعة من عظماء فقهائنا المتقدّمين[٢] استناداً إلى رواية طلحة بن زيد[٣].

وهي ضعيفة السند[٤] مهجورة عند الأكثر.

وقد استقرّ المذهب أخيراً على أنّ الشفعة تورّث كسائر الحقوق المالية[٥] ووافقنا عليه مالك

(١) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩:
(لو مات الشفيع بعد طلب المواثبة وطلب التقرير وقبل أن يكون مالكاً للمشفوع بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم لم ينتقل حقّ الشفعة إلى ورثته).
قارن: المبسوط للسرخسي ١٤:١١٦، بدائع الصنائع ٦:١٤١، تبيين الحقائق ٥:٢٥٧، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٤١، اللباب ٢:١١٣.

(٢) كالطوسي في: الخلاف ٣:٤٣٦ (وإن كان له قول في كتاب البيوع من الخلاف: إنّها تورّث، وذلك في ج٣ ص٢٧)، والنهاية ٤٢٥ ـ ٤٢٦، وابن البرّاج في المهذّب ١:٤٥٩، وابن حمزة في الوسيلة ٢٥٩، والطبرسي في المؤتلف من المختلف ١:٦٣٢.

(٣) تقدّمت ترجمته في ج ١ ص ٥٦٢ (الهامش الخامس)، فراجع.
ونصّ هذه الرواية المروية عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام: أنّه قال: «لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم، وقال: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: لا يشفع في الحدود، وقال: لا تورث الشفعة».
انظر: الفقيه ٣:٧٨، التهذيب ٧:١٦٧، الوسائل الشفعة ١٢:١ (٢٥:٤٠٧).

(٤) راجع تنقيح المقال ٢: ١٠٩.

(٥) نُسب للأكثر في المسالك ١٢: ٣٤٠.
ولاحظ: المقنعة ٦١٩، الانتصار ٤٥١، السرائر ٢:٣٩٢، الشرائع ٤:٧٨٥، كشف الرموز ٢:٣٩٨، المختلف ٥:٣٦٧، الدروس ٣:٣٧٤، اللمعة الدمشقيّة ١٦١، التنقيح الرائع ٤:٩٥، المقتصر ٣٤٨، جامع المقاصد ٦:٤٤٧.

والشافعي[١].

(مادّة: ١٠٣٩) لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع يسقط حقّ شفعته[٢].

بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع إنّما يصحّ حيث لم يدفع الشفيع الثمن.

أمّا مع دفع الثمن فقد عرفت أنّه يملكه وينتقل من ملكية المشتري، ولا حقّ له في البيع أصلاً، إلّا فضولاً عن الشفيع[٣].

(مادّة: ١٠٤٠) لو بيع ملك عقاري آخر متّصل بالملك المشفوع لا يكون شفيعاً لهذا العقار الثاني[٤].

قد عرفت أنّ الجوار لا أثر له في ثبوت الشفعة حتّى بعد تملّك الشفيع فضلاً عمّا قبله[٥].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢:٢٥٩ ـ ٢٦٠، فتح العزيز ١١:٤٧٧، المجموع ١٤:٣٤٤ و٣٤٥، مغني المحتاج ٢:٣٠٥.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩ وردت المادّة بلفظ:
(لو باع الشفيع المشفوع به بعد الطلبين ـ على الوجه المشروح ـ وقبل تملّكه المشفوع يسقط حقّ شفعته).
قارن: المبسوط للسرخسي ١٤:١٠٤، بدائع الصنائع ٦:١٣٧ و١٣٩، المغني ٥:٤٨٣.

(٣) عرفت ذلك في ص ٣٠١.

(٤) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩ بعد كلمة: (المشفوع) وردت زيادة: **(قبل أن يتملّكه الشفيع على الوجه المشروح)**، وورد: (فلا) بدل: (لا).
لاحظ بدائع الصنائع ٦:١٤٨.

(٥) وذلك في ص٢٦٧ ـ ٢٦٨.

(مادّة : ١٠٤١) الشفيع إمّا أن يأخذ الجميع أو يترك الجميع، وليس له التبعيض[١].

ولعلّ هذا من المتّفق عليه عند جميع المذاهب حتّى الإمامية[٢].

(مادّة : ١٠٤٢) ليس لبعض الشفعاء أن يهبوا حصّتهم لبعض، وإن فعل أسقط حقّ شفعته[٣].

هذا المنع لا وجه له، والناس مسلّطون على أموالهم، يهبون ويبيعون لمن شاؤوا.

نعم، إذا نقل الشريك حصّته إلى شريكه أو الأجنبي زال عنه حقّ الشفعة؛ لزوال الموضوع وهو الشركة. وهذا جدّ واضح.

إنّما الإشكال والمعضل فيما لو باع أو وهب بعد بيع شريكه وقبل الأخذ حيث لا ينافي الفورية.

---

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩ :

(الشفعة لا تقبل التجزئة.

بناءً على ذلك ليس للشفيع حقّ في أخذ مقدار من العقار المشفوع وترك باقيه).

راجع : بدائع الصنائع ١٤٨:٦، المغني ٥٢٧:٥، فتح العزيز ٤٥٣:١١ ـ ٤٥٤، المجموع ٣٢٥:١٤، تبيين الحقائق ٢٥٠:٥ و٢٥١، الفتاوى الهندية ١٧٩:٥.

(٢) تقدّمت الإشارة إلى المصادر السنيّة في الهامش السابق.

أمّا الشيعيّة فلاحظ : الشرائع ٧٨١:٤ و٧٨٣، الدروس ٣٧٣:٣، المسالك ٣١٠:١٢، الجواهر ٣٢٥:٣٧.

(٣) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩ وردت زيادة بعد كلمة : (فعل) هي : (أحدهم ذلك).

راجع الفتاوى الهندية ١٧٩:٥.

يعني: باع أحد الشريكين حصّته قبل أن يعلم بأنّ شريكه قد باع قبله، فهل له أن يأخذ بالشفعة مع أنّه قد باع حصّته أم لا؟

وجهان[١].. للأوّل الاستصحاب، وللثاني زوال الموضوع، بل زوال علّة الحكم؛ فإنّ الغرض من الشفعة أن لا يدخل على الشريك شريك أجنبي قد لا يتلائم معه ولا يحسن معاشرته.

وهذا الوجه قوي وإن كان الاستصحاب أيضاً لا يخلو من قوّة، والمسألة ـ كما قلنا ـ مشكلة.

(مادّة: ١٠٤٣) إن أسقط أحد الشركاء حقّه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار[٢].

لا نعرف لهذا الفرق وجهاً، بل الشفيع إذا أسقط حقّه قبل الحكم أو بعده فقد سقط حقّه وصارت الشفعة للباقين على القول: بثبوتها مع التعدّد.

(مادّة: ١٠٤٤) لو زاد المشتري على البناء المشفوع ...[٣].

---

(١) قال الطوسي بالأوّل في المبسوط ٣:١٤٢، وقال الحلّي بالثاني في المختلف ٥:٣٨٠.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩ ورد: (الشفعاء) بدل: (الشركاء)، ووردت تكملة للمادّة آخر العبارة، وهي (المشفوع. وإن أسقطه بعد حكم الحاكم فليس للآخر أن يأخذ حقّه). انظر الفتاوى الهندية ٥:١٧٧ و١٧٨.

(٣) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١١٩ هكذا:

(لو زاد المشتري على المال المشفوع شيئاً من ماله ـ كصبغه ـ فشفيعه مخيّر إن شاء تركه، وإن شاء تملّكه بإعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة.

وإن كان المشتري قد أحدث على العقار المشفوع بناءً أو غرس فيه أشجاراً فالشفيع بالخيار إن شاء تركه، وإن شاء تملّك المشفوع بإعطاء ثمنه وقيمة الأبنية والأشجار، وليس

←

....

← له أن يجبر المشتري على قلع الأبنية أو الأشجار).
وهذا المذكور في المادّة هو رأي الحنفية وخصوص رواية عن أبي يوسف.
وذهب الشافعية إلىٰ: أنّه إذا بنىٰ المشتري أو غرس أو زرع في الشقص المشفوع ثمّ علم الشفيع فله الأخذ بالشفعة وقلع بنائه وغرسه وزرعه مجّاناً لا بحقّ الشفعة. ولكن لأنّه شريك وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرّفات في الأرض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجّاناً.
وإن بنىٰ المشتري وغرس في نصيبه بعد القسمة والتمييز ثمّ علم الشفيع لم يكن له قلعه مجّاناً؛ لأنّه بنىٰ في ملكه الذي ينفذ فيه تصرّفه، فلا يقلع مجّاناً.
فإن اختار المشتري قلع البناء أو الغراس فله ذلك، ولا يكلّف تسوية الأرض؛ لأنّه كان متصرّفاً في ملكه، فإن حدث في الأرض نقص فالشفيع إمّا أن يأخذه على صفته، وإمّا أن يترك، فإن لم يختر المشتري القلع فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأُجرة، وبين تملّكه بقيمته يوم الأخذ، وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص.
ولو كان قد زرع فيبقىٰ زرعه إلى أن يدرك فيحصده، وليس للشفيع أن يطالبه بالأُجرة على المشهور عندهم.
وذهب المالكية إلى: أنّه إذا أحدث المشتري بناءً أو غرساً أو ما يشبه ذلك في الشقص قبل قيام الشفيع ثمّ قام الشفيع بطلب شفعته فلا شفعة، إلّا أن يعطي المشتري قيمة ما بنىٰ وما غرس.
وذهب الحنابلة إلىٰ: أنّه إذا بنىٰ المشتري أو غرس أعطاه الشفيع قيمة بنائه أو غرسه، إلّا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه وغراسه فله ذلك إذا لم يكن في أخذه ضرر، لأنّه ملكه، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض؛ لأنّه غرس وبنىٰ في ملكه، وما حدث من النقص إنّما حدث في ملكه، وذلك لا يقابله ثمن. هذا على ما ذكره القاضي.
وظاهر كلام الخرقي: أنّ عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع؛ لأنّه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر، وذلك لأنّه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه؛ لأنّ النقص الحاصل بالقلع إنّما هو في ملك الشفيع، فأمّا نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه.
فإن لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء:

←

هذا نظير من اشترى عيناً للبائع خيار فيها، وأحدث المشتري فيها بناءً أو صبغاً أو غير ذلك، فإنّ تصرّفه مشروع، وإذا فسخ البائع بخياره لزمه التدارك ودفع قيمة ما أحدثه للمشتري، وليس له أن يجبره على القلع بعد أن كان تصرّفه مشروعاً. وللمشتري أن يمتنع عن ردّه إلى البائع قبل أخذ حقّه.

وهكذا الكلام بعينه في الشفيع مع المشتري، كما نصّت عليه (المجلّة)، فالشفيع بالخيار إن شاء ترك، وإن شاء تملّك المشفوع بإعطاء ثمنه وقيمة الأبنية والأشجار.

إلى هنا انتهت مواد (المجلّة) في كتاب الشفعة، وقد بقي بحثان مهمّان تعرّض لهما الفقهاء منّا ومن القوم[1]، ولم تتعرّض لهما (المجلّة) أصلاً ولو

← أ ـ ترك الشفعة.
ب ـ دفع قيمة الغراس والبناء، فيملكه مع الأرض.
ج ـ قلع الغرس والبناء، ويضمن له ما نقص بالقلع.
وإن زرع في الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ويبقىٰ زرع المشتري إلى أوان الحصاد؛ لأنّ ضرره لا يبقىٰ، ولا أُجرة عليه؛ لأنّه زرعه في ملكه، ولأنّ الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع مبقى إلى الحصاد بلا أُجرة كغير المشفوع، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقى إلى الجذاذ كالزرع.
قارن: بدائع الصنائع ٦: ١٥٩، بداية المجتهد ٢: ٢٩٢ ـ ٢٦٣، المغني ٥: ٥٠٠ ـ ٥٠٢، فتح العزيز ١١: ٤٦٣ ـ ٤٦٦، تبيين الحقائق ٥: ٢٥٠ ـ ٢٥١، نهاية المحتاج ٥: ٢١١، الفتاوى الهندية ٥: ١٦٥ و١٧٩ ـ ١٨٠، حاشية ردّ المحتار ٦: ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

(١) بالنسبة للمصادر الشيعيّة المتعلّقة بالبحث الأوّل فراجع: الشرائع ٤: ٧٨٩، المسالك ١٢: ٣٦٧ ـ ٣٦٨، الجواهر ٣٧: ٤٤١ ـ ٤٤٢.
وأمّا السنيّة فراجع فيها: بدائع الصنائع ٦: ١٧٠ ـ ١٧٢، المغني ٥: ٥١١ ـ ٥١٤، اللباب ٢: ١١٨، الحيل الفقهية ١٧٦ وما بعدها.
←

على سبيل الإيجاز:

البحث الأوّل: الحيل الشرعية الموجبة لسقوط الشفعة.

وحيث إنّنا لا نحبّ الحيل مهما كانت، والناس ـ بحمد الله ـ قد أصبحوا أحيل من أن يحتاجوا إلى من يعلمهم الحيلة، فلا حاجة إلى أن نسقي السيف سمّاً ونضع ضغثاً على إبّالة(١)!

إذاً فترك هذا البحث أولى. ويكفي لمن يريد التخلّص من شفعة الشريك أن يستبدل البيع بالصلح أو الهبة المعوّضة بناءً على ما هو الحقّ من أنّها ليست بيعاً وأنّ العوض لذات الهبة لا للعين والبيع مبادلة مال بمال وهنا مبادلة عمل بعمل والمال تبع غير مقصود بالأصالة.

البحث الثاني: مسائل النزاع والخلاف الذي اعتادت (المجلّة) أن لا تذكر منه شيئاً في كلّ كتاب مع أهميته.

أمّا فقهاؤنا (رضوان الله عليهم) فقد التزموا ـ على الغالب ـ في متون مؤلّفاتهم ومختصراتها ـ فضلاً عن الموسوعات والمطوّلات ـ أن يذكروا

← وبالنسبة للمصادر الشيعيّة المتعلّقة بالمبحث الثاني فسيأتي الكلام من المصنّف ﷺ حوله، وسنعلّق على ذلك.

وأمّا المصادر السنيّة فراجع: بدائع الصنائع ٦:١٦١ ـ ١٧٠، المغني ٥:٥١٤ وما بعدها، المجموع ١٤:٣٤٦ وما بعدها، مجمع الأنهر ٢:٤٧٦ وما بعدها، الفتاوى الهندية ٥:١٨٥ وما بعدها، اللباب ٢:١١٥.

(١) هذا مثل ذكره الميداني في مجمع الأمثال ١:٥٨٠.

قال: (الإبّالة: الحزمة من الحطب، والضغث: قبضة من حشيش مختلطة الرطب باليابس. ويروى: إيبّالة، وبعضهم يقول: إبالة مخفّفاً... ومعنىٰ المثل: بلية على أُخرى).

آخر كلّ كتاب من البيع والإجارة وسائر العقود عدّة مسائل من أنواع الخلاف والتنازع بين المتعاقدين، كتمرين للفقيه على القضاء والحكم.

وقد ذكروا في آخر كتاب الشفعة جملة وافية من مسائل التنازع المتصوّرة فيها، بعضها واضحة وبعضها في غاية الإشكال.

فمن تلك المشكلات: ما لو ادّعى المشتري زيادة الثمن، فقال ـ مثلاً ـ: اشتريته بمائة، وأنكر الشفيع، فقال: بخمسين.

فظاهرهم الاتّفاق على أنّ البائع معزول في هذه القضية، فلا يقبل قوله أصلاً سواء شهد للمشتري أو للشفيع؛ لأنّه في المقام متّهم من جهة التدارك أو غيرها[(١)].

وهو وإن كان على إطلاقه محلّ نظر واضح، ولكن لنفرض الكلام فيما لو لم تكن شهادة للبائع إمّا لموته أو غيبته أو نحو ذلك، فإن كانت لأحدهما بيّنة فهي المتّبعة، وإن لم تكن فقد تعقّدت القضية وأعضلت، ولذلك اضطربت كلمات الأصحاب أشدّ الاضطراب وقام الخلاف على ساق في هذه وفي نظيرتها، وهي: ما إذا اختلف المشتري والبائع في الثمن الذي جرى عليه العقد زيادة ونقيصة[(٢)].

وسرّ الإعضال في القضية: أنّ من المعروف والواضح المكشوف أنّ طالب الزيادة في كلّ مقام هو المدّعي وأنّ منكرها هو المنكر، وعلى هذا الملاك فالمشتري المدّعي لزيادة الثمن هو المدّعي والشفيع هو المنكر،

---

(١) انظر: الشرائع ٤:٧٨٩، المسالك ١٢:٣٧٠ و٣٧٤، الجواهر ٣٧:٤٤٤ و٤٥١.

(٢) لاحظ: المختلف ٥: ٣٧٣، غاية المراد ٢: ١٦٥ ـ ١٦٦، المسالك ١٢: ٣٧٦ ـ ٣٧٧.

فيكون القول قوله بيمينه، ونظراً إلى أنّ المشتري لا دعوى له على الشفيع أصلاً والمدّعي هو الذي لو تَرك تُرك، وهذه صفة الشفيع هنا، فإنّه هو الذي يطالب ويريد انتزاع العين من مالكها المشتري قهراً عليه، والأصل عدم تسلّطه على مال الغير بقوله وبالمقدار الذي يدّعيه، فبهذا الملاك صار الشفيع مدّعياً لا منكراً، ويلزم أن يكون القول قول المشتري لا قوله، فتعارضت الجهات وتدافعت الأُصول وقامت الحيرة في أنّ لأيّها الترجيح؟ وعلى أيّها يكون العمل؟

فمال كلّ فقيه إلى جهة، وأخذ كلّ واحد بترجيح ناحية، وتضاربت الأفكار وكثر الردّ والإيراد حتّى إنّ بعض فقهائنا المتأخّرين كتب فيها ما يقرب من عشر صفحات من كتابنا هذا[١].

والمسألة هنا خالية من النصّ.

نعم، في قضية تنازع المشتري والبائع وردت رواية بتقديم قول البائع[٢]، وقد عمل بها جماعة من الأساطين على ضعف سندها[٣].

وأراد جماعة أن يطرّدوها حتّى إلى مسألتنا هذه[٤] ـ أعني: تنازع

---

(١) لاحظ الجواهر ٣٧:٤٤٥ وما بعدها.

(٢) وهي الرواية المروية عن أبي عبد الله عليه‌السلام في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري: هو بكذا وكذا، بأقلّ ممّا قال البائع، فقال: «القول قول البائع مع يمينه إذا الشيء قائماً بعينه».
راجع: الكافي ٥:١٧٤، التهذيب ٧:٢٦، الوسائل أحكام العقود ١١:١ (١٨:٥٩).

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك ٣:٢٥٨، وغيره.
وضعف سندها باعتبار أنّها مرسلة.

(٤) حُكي ذلك في المسالك ١٢:٣٧٣.

الشفيع والمشتري ـ ولعلّه أشبه بالقياس، وهو تعدية حكم موضوع إلى موضوع آخر.

والذي نراه ـ بعد هذا كلّه ـ أنّ القول قول المشتري بيمينه لا قول الشفيع؛ فإنّه هو المدّعي وإن أنكر الزيادة، ولكنّه يدّعي استحقاق العين بذلك المقدار والأصل عدمه، مضافاً إلى أنّه هو المطالب وهو الذي لو تَرك تُرك، والمشتري لا يدّعي عليه شيئاً ولا يطالبه بشيء، وليت الشفيع تركه ومضى لسبيله.

وكلّ هذا واضح، وإنّما أوقع الارتباك قضية دعوى الزيادة من المشتري، فأوهم أنّه مدّع مع أنّ قضية الزيادة ليست بميزان مطّرد.

نعم، الغالب أنّ مدّعي الزيادة يكون مدّعياً ومنكرها هو المنكر، ولكن لا يتمشّى ذلك في كلّ مورد، فإنّ قضية البائع والمشتري هناك وقضية الشفيع والمشتري هنا لها خصوصية أُخرى قلبت القضية وغيّرت مجاري الأُصول، فتدبّرها جيّداً، وبه المستعان.

وعلى هذا يبتني ترجيح إحدى البيّنتين على الأُخرى لو قدّماها معاً، فإن قلنا: بأنّ القول قول الشفيع وقلنا: بتقديم بيّنة الداخل قدّمت بيّنته، وإلّا فبيّنة المشتري، والعكس بالعكس، والتحقيق موكول إلى محلّه.

و(**منها**): ما لو أقرّ أحد الشريكين بأنّه قد باع حصّته من أجنبي، وأنكر الأجنبي الابتياع.

قيل: تثبت الشفعة؛ نظراً إلى الإقرار[١]، وقيل: لا تثبت؛ لأنّها موقوفة على ثبوت الابتياع وتحقّق الانتقال، ولم يثبت[٢].

والتحقيق: أنّه يلزم أن يعلّق ثبوت الشفعة على ثبوت البيع، فإن حكم على الأجنبي ببيّنة ونحوها أنّه قد ابتاع تثبت الشفعة، وإلّا فلا، والإقرار وحده هنا لا يكفي.

و(منها): ما لو اختلف الشريكان في التقدّم والتأخّر.

وفيها صور كثيرة:

فإن ادّعى أن شريكه قد اشترى بعده فله حقّ الشفعة عليه فأنكر ذلك حلف المنكر أن ليس لخصمه حقّ شفعة عليه، ولا يلزمه اليمين أنّه قد اشترى قبله.

أمّا لو ادّعى كلٌّ منهما أنّه قد اشترى قبل الآخر لتكون له الشفعة فالقضية من باب التداعي، يتحالفان إن لم تكن بيّنة، فتثبت الشركة وتسقط الشفعة.

وكذا إذا جاء كلّ واحد ببيّنة.

أمّا لو انفرد أحدهما بها فالشفعة له.

و(منها): ما لو اعترف البائع والمشتري أنّ الثمن المعيّن غصب

---

(١) قاله: الشيخ الطوسي في: الخلاف ٣:٤٥١، والمبسوط ٣:١٣٥ ـ ١٣٦، والمحقّق في الشرائع: ٤: ٧٨٩ ـ ٧٩٠، والعلاّمة في المختلف ٥:٣٦٩ ـ ٣٧٠، والكركي في جامع المقاصد ٦:٤٦٧، والشهيد الثاني في المسالك ١٢:٣٧٨.

(٢) قاله ابن إدريس الحلّي في السرائر ٢:٣٩٤.

ووصف قوله واستدلاله بأنّه في غاية الجودة في الجواهر ٣٧:٤٥٨.

والبيع فاسد وأنكر الشفيع ولا بيّنة.

فاللازم ردّ العين ـ حسب اعترافهما ـ إلى المالك، والشفيع يأخذ الشقص بالشفعة، ويدفع مثل الثمن أو قيمته إلى المشتري، فيدفعه إلى البائع يأخذه مقاصّة عن شقصه.

واعترافهما لا أثر له في حقّ الشفيع؛ لأنّه إقرار في حقّ الغير.

فإن ادّعيا عليه العلم يحلف أنّه لا يعلم بكونه غصباً.

أمّا لو اعترف البائع والشفيع دون المشتري أو الشفيع والمشتري دون البائع فلا شفعة.

ويستخرج باقي حكم هذه الصور بالتأمّل من الفقيه الماهر.

وقد ذكر فقهاؤنا (قدّست أسرارهم) هنا فروعاً كثيرة وفروضاً نادرة تدلّ على غزارة علم ونابعية فضل وفقاهة عالية لا أحسبها توجد عند أُمّة من الأُمم.

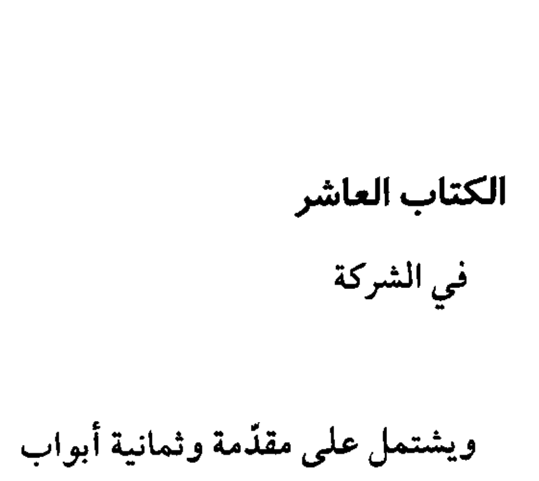
ومن أراد تصديق ذلك فليراجع الموسوعات من كتب الإماميّة إن كان من أهل الفنّ[1]؛ ليعرف أنّنا لم نذكر لهم إلّا بعض ما يستحقّون.

وجزى الله جميع علماء المسلمين وعامّة فقهائهم خير جزاء المحسنين، ونفعنا بعلومهم، وجمعنا وإيّاهم في الرفيع الأعلى مع النبيين والشهداء والصدّيقين، وحسن أُولئك رفيقاً.

ونختم هنا كتاب الشفعة راغبين إليه تعالى في أن يشفّع فينا أولياءه الذين لا يشفعون إلّا لمن ارتضى، وآخر دعواهم أن الحمد لله ربّ العالمين.

---

(١) راجع: مفتاح الكرامة ١٤: ٤٦٠ وما بعدها، الجواهر ٣٧: ٤٧٠ وما بعدها.



الكتاب العاشر

في الشركة

ويشتمل على مقدّمة وثمانية أبواب

المقدّمة

في بيان بعض الاصطلاحات الفقهيّة المتعلّقة بأنواع الشركات

(مادّة: ١٠٤٥) الشركة في الأصل هي: اختصاص ما فوق الواحد بشيء وامتيازهم به.

لكن تستعمل أيضاً عرفاً واصطلاحاً في عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص.

فتقسّم الشركة ـ بناءً على هذا ـ إلى قسمين ...[١].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٠ وردت المادّة بالصيغة الآتية:

(الشركة في الأصل هي: اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم بذلك الشيء. لكن تستعمل أيضاً عرفاً واصطلاحاً في معنىً عقد الشركة الذي هو السبب لهذا الاختصاص.

فلذلك تقسّم الشركة بصورة مطلقة إلى قسمين:

أحدهما: شركة الملك.

وتحصل بسبب من أسباب التملّك، كالاشتراء والاتّهاب.

والثاني: شركة العقد.

وتحصل بالإيجاب والقبول بين الشركاء.

وتأتي تفصيلات القسمين في بابهما المخصوص.

ويوجد سوى هذين القسمين شركة الإباحة، وهي: كون العامّة مشتركين في صلاحية التملّك بالأخذ والإحراز للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد كالماء).

←

تحرير هذا البحث ـ كما ينبغي بل كما يجب ـ: أنّ الشركة ـ بحسب وضعها اللغوي[١] واستعمالها العرفي ـ هي: مطلق اجتماع أشخاص في شيء بجهة جامعة سواء في العين أو الدين أو المنفعة أو الانتفاع أو الحقّ.

فمن أباح طعاماً لجماعة فهم شركاء فيه وإن كانوا لا يملكون عينه ولا منفعته بل يملكون الانتفاع به، وكذا من أباح لشخصين أو أكثر المطالعة في كتابه.

ومن هنا يعلم أنّ الشركة في المباحات العامّة إنّما هي بهذا المعنى، أي: بالمعنى اللغوي العرفي، لا الاصطلاحي، أعني: اصطلاح الفقهاء؛ فإنّه قد تخصّص عندهم بمعنى اختلفت تعبيراتهم عنه، وحيث إنّ الشركة تتحقّق عندهم في العين والدين والحقوق والمنافع فأرادوا تعبيراً يعمّ كلّ هذه النواحي.

فعرّفها مشهور فقهائنا: بأنّها اجتماع حقوق الملاّك في الشيء الواحد

← وقد عرّف الشركة الحنفيةُ بتعبير آخر، وهو: اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.

وعرّفها الشافعية بأنّها: ثبوت الحقّ في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع.

وعرّفها المالكية بأنّها: إذن كلّ واحد من الشريكين لصاحبه في التصرّف في ماله أو ببدنه لهما.

وعرّفها الحنابلة بأنّها: نوعان: اجتماع في استحقاق، أو في تصرّف. والنوع الأوّل شركة في المال، والنوع الثاني شركة عقود.

قارن: المبسوط للسرخسي ١١: ١٥١، بدائع الصنائع ٧: ٤٩٩، المغني ٥: ١٠٩، تبيين الحقائق ٣:٣١٢ ـ ٣١٣، البناية في شرح الهداية ٧:٣، مواهب الجليل ٥:١١٧، مغني المحتاج ٢:٢١١، كشّاف القناع ٣:٤٩٦، فتح المبدي ٢:٢٤١، حاشية ردّ المحتار ٤:٢٩٩.

(١) لسان العرب ٧:٩٩.

على سبيل الإشاعة[١].

وأرادوا بالشيء الواحد الشخصي لا النوعي أو الجنسي، وأخرجوا بالقيد الأخير ما لو اشتركوا في بستان ـ مثلاً ـ أو دار ولكن لا على الإشاعة بل على أنّ لأحدهما الجانب الشرقي وللآخر الغربي وأمثال ذلك.

ومع أنّه أقرب التعاريف إلى الحقيقة قد أطالوا النقض والإبرام والطرد والعكس[٢] ممّا لا حاجة ولا فائدة فيه.

ولعلّ أسلم منه وأقرب إلى الحقيقة أن يقال: الشركة: استحقاق أكثر من واحد لشيء واحد على الإشاعة.

ثمّ إنّ لهذا الاستحقاق أسباباً، وله ـ بعد تحقّقه ـ أحكام.

أمّا أسبابه فهي نوعان: قهرية واختيارية، والقهرية أيضاً نوعان: نوع بجعل الشارع وآخر بأسباب اتّفاقية أُخرى.

فمن الأوّل: الميراث؛ ضرورة أنّ جميع الورثة يشتركون في ملكية التركة كما يشترك بعضهم في مقدار منها، «فهم شركاء في الثلث».

ومن الثاني: اختلاط المالين قهراً بحيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر عادة.

ومن هذا القبيل: الوصية بالثلث لجماعة، أو وقف ملك على جماعة.

---

(١) لاحظ: الشرائع ٢: ٣٧٤، المسالك ٤: ٣٠١، الحدائق ٢١: ١٤٩، الرياض ٩: ٣١٦، الجواهر ٢٦: ٢٨٤.

(٢) راجع: المسالك ٤: ٣٠٢ ـ ٣٠٤، الجواهر ٢٦: ٢٨٤ ـ ٢٨٩.

أمّا الاختيارية فلها أسباب كثيرة:

أحدها: مزج المالين بحيث لا يتميّزان سواء كان بفعلهما أو فعل أجنبي.

ثانيها: العقد.

بأن يشتريا أو يستأجرا داراً على الإشاعة، فيدفع كلّ منهما قيمة نصيبه من ماله، فيشتركان في ملكية الدار وملكية منافعها.

ثالثها: الحيازة.

كما لو اشتركا في حيازة سمك أو أخشاب أو حطب أو صيد.

رابعها: إحياء موات.

كما لو اشتركا في إحياء أرض موات، فإنّهما يشتركان في ملكيتها على حسب عملهما أو اتّفاقهما.

هذه أهم أسباب الشركة بمعنى: اجتماع الحقوق في الشيء الواحد أو ـ كما قلنا ـ استحقاق أكثر من واحد لشيء واحد.

ولكن المهمّ أن تعرف أنّ هذه الأنواع من الشركة ليست هي المراد من الشركة التي أفرد لها الفقهاء كتاباً ذكروه ضمن أبواب العقود والمعاملات، [بل] المراد بها: عقد خاصٌّ يقصد منه الاسترباح والاكتساب من الشخصين أو أكثر بمالهما بعد المزج.

وإنّما ذكروا تلك الأسباب من باب المقدّمة والاستطراد[١]، حيث إنّ الشركة بهذا المعنى تتوقّف على المزج وهو يحصل تارة بالاختيار وأُخرى بأسباب أُخرى، كما عرفت.

ومن هنا يتّضح لك الخلل البارز فيما ذكرته (المجلّة) في هذه المادّة، حيث جعلت العقد من أسباب الشركة بمعنى الاختصاص مع أنّ عقد الشركة الذي يبحث الفقهاء عنه في كتاب الشركة المندرج في أبواب المعاملات يتوقّف على الشركة بمعنى اجتماع المالين وامتزاجهما، وليس عقد الشركة سبباً للاختصاص أو الامتزاج أصلاً.

نعم، قد يكون العقد سبباً للاختصاص أو الامتزاج ـ كما عرفت ـ فيما لو اشتريا داراً على الإشاعة، ولكن ذلك عقد بيع أو إجارة، لا عقد الشركة الذي يقصد به الاسترباح والتكسّب الذي لا يحصل ولا يتحقّق إلّا بعد امتزاج المالين قهراً أو اختياراً.

فعقد الشركة يتوقّف على الاختصاص والامتزاج، وهما سبب له لا هو سبب لهما كما تقول (المجلّة)، فتدبّره.

وعقد الشركة للاسترباح هو القسم الثاني المذكور هنا والذي سيأتي تفصيله في الباب السادس[٢].

وقد تداخل الموضوع واختلط البحث على أرباب (المجلّة)، كما

---

(١) انظر: المسالك ٤: ٣٠٤ و٣٠٥، الحدائق ٢١: ١٥٥ ـ ١٥٦، الرياض ٩: ٣١٧ ـ ٣١٨، العروة الوثقى ٢: ٤٧٥.

(٢) وذلك في ص٤٦٧.

اختلط على جماعة من غيرهم[١]، فاحتفظ بهذا.

ثمّ إنّ محلّ اجتماع الحقوق كما قلنا أو الاختصاص كما تقول (المجلّة) لايخلو إمّا أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعةً أو حقّاً.

أمّا الانتفاع فقد عرفت أنّه خارج عن الشركة الاصطلاحية.

ومثله: الشركة في المباحات العامّة، فإنّها من قبيل الحكم لا الحقّ، ومن قبيل أنّه ملك أن يملك، لا أنّه مالك فعلاً.

وذكر بعض الشرّاح: أنّ تقسيم الشركة إلى عين ودين من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره؛ فإنّ الدين لا ملك ولا منفعة بل هو وصف شرعي. ثمّ دفع هذا الإشكال: بأنّه وإن لم يكن مالاً فعلاً ولكنّه مال بالمآل[٢] انتهى.

وأنت خبير بسقوط هذا الإشكال من أصله؛ فإنّ الدين مال فعلاً باعتبار العقلاء، ولذا يباع ويشترى كغيره من الأعيان الخارجية، والشركة فيه واضحة.

وأوضحها مثالاً: ما لو مات وله دين على شخص، فإنّ الورثة يشتركون فيه بأجمعهم، وكذلك الشركة في المنافع والحقوق.

ومن الأخير: إرث حقّ الخيار أو جعل الخيار لاثنين أو أكثر مشتركين، لا على نحو الاستقلال.

---

(١) قارن درر الحكّام ٣:٢ وما بعدها.

(٢) انظر درر الحكّام ٣: ١٤ ـ ١٥.

ومن جميع ما ذكرنا اتّضحت: (مادّة: ١٠٤٥)، وهي الأُولى من كتاب الشركة.

أمّا ما بعدها من المواد إلى: (مادّة: ١٠٦٠)[1] فينبغي أو يجب حذفها تماماً من (المجلّة)؛ إذ أيّ عربي أو متعرّب لا يعرف أنّ معنى الحائط هو الجدار، والمارّة عبارة عن المارّين، أو القناة، أو المسناة، أو أنّ رأس المال هو السرماية، وهو ترجمة العربي بالفارسي، وهلمّ سحباً الخ!

---

(١) نصوص هذه المواد كالآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٠ ـ ١٢١:

(مادّة: ١٠٤٦) القسمة بمعنى: التقسيم، وتعريفها وتفصيلها يأتي في بابها المخصوص.

(مادّة: ١٠٤٧) الحائط عبارة عن: الجدار والطبلة والجيت وهو ما يعمل من الأغصان، وجمعه: حيطان.

(مادّة: ١٠٤٨) المارّة بوزن العامّة، وهم: المارّون والعابرون في الطريق العامّ.

(مادّة: ١٠٤٩) القناة ـ بفتح القاف ـ: مجرى الماء تحت الأرض قسطلاً أو سياقاً، وجمعها: قنوات.

(مادّة: ١٠٥٠) المُسَنّاة ـ بميم مضمومة وسين مفتوحة ونون مشدّدة ـ: الحدّ وسدّ الماء وأطراف سدّ الماء وحافّات فوّهات الماء، وجمعها: مُسنّيات.

(مادّة: ١٠٥١) الإحياء بمعنى: الإعمار، وهو: جعل الأرض صالحة للزراعة.

(مادّة: ١٠٥٢) التحجير: وضع الأحجار وغيرها في أطراف الأراضي لأجل أن لا يضع آخر يده عليها.

(مادّة: ١٠٥٣) الإنفاق عبارة عن: صرف الإنسان ماله.

(مادّة: ١٠٥٤) النفقة: الدراهم والزاد والذخيرة التي تصرف في الحوائج والتعيّش.

(مادّة: ١٠٥٥) التقبّل هو: تعهّد العمل والتزامه.

(مادّة: ١٠٥٦) المفاوضان: عاقدا شركة المفاوضة.

(مادّة: ١٠٥٧) رأس المال عبارة عن: السرماية.

(مادّة: ١٠٥٨) الربح عبارة عن: الكسب.

(مادّة: ١٠٥٩) الإبضاع هو: إعطاء شخص لآخر رأس مال على أن يكون جميع الربح عائداً له، ويسمّى رأس المال: بضاعة، والمعطي: المبضع، والآخذ: المستبضع.

الباب الأوّل

في بيان شركة الملك

ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الأوّل

في تعريف شركة الملك وتقسيمها

(مادّة: ١٠٦٠) شركة الملك هي: كون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر[(١)].

هذا تفصيل ما تقدّم من الإجمال لبيان أسباب الاشتراك في المال الواحد[(٢)].

والشيء يشتمل كلّ ما يمكن تحقّق الشركة فيه من العين والدين

---

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٢١:

(شركة الملك هي: كون الشيء مشتركاً بين أكثر من واحد. أي: مخصوصاً بهم بسبب من أسباب التملّك، كالاشتراء والاتّهاب وقبول الوصية والتوارث، أو بخلط واختلاط الأموال بعضها ببعض بصورة لا تكون قابلة للتمييز والتفريق، أو باختلاط الأموال بتلك الصورة بعضها ببعض.

مثلاً: لو اشترى اثنان مالاً أو وهبه أحد لهما أو أوصى به وقبلا أو ورث اثنان مالاً فيكون ذلك المال مشترىً بينهما ويكونان ذوي نصيب في ذلك المال ومتشاركين فيه ويكون كلّ منهما شريك الآخر فيه.

كذلك إذا خلط اثنان ذخيرتهما بعضها ببعض أو اختلطت ذخيرتهما ببعضها بانخراق عدوًّ لهما فتصير هذه الذخيرة أو المخلوطة أو المختلطة مالاً مشتركاً بين الاثنين).

لاحظ: بدائع الصنائع ٤:٤٩٩ و٥٠١، شرح فتح القدير ٥:٣٧٧، البحر الرائق ٥:١٦٦، حاشية ردّ المحتار ٤:٢٩٩.

(٢) تقدّم في ص٣٢٣ ـ ٣٢٤.

والحقّ والمنفعة سواء وقعت بأسبابها القهرية أو الاختيارية.

ثمّ إذا تحقّقت الشركة بأحد تلك الأسباب ترتّبت عليها أحكام بعضها من حيث تصرّف الشركاء أو بعضهم وبعضها من حيثيات أُخرى.

ومن الثاني: أنّ التلف ـ بعد الشركة ـ كلاً أو بعضاً يكون على جميع الشركاء بنسبة حصصهم إذا لم يكن المتلف أحدهم.

فلو تلف النصف والشركاء اثنان كان من كلّ واحد ربع، وهكذا.

وعليه تبتني:

(مادّة: ١٠٦١) فلو كان لرجل دينار ولآخر من جنسه ديناران فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثمّ ضاع اثنان منهما يكون الباقي مشتركاً بينهما مثالثة، ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار(١).

ولكن لعلّك عرفت ممّا مرّ عليك في الأجزاء السابقة(٢) أنّ هذه القضية لا تبتني على قاعدة الشركة؛ لأنّ المالين لم يمتزجا امتزاجاً حقيقياً، بل وفي بعض الصور قد لا يكون مزج أصلاً، كما في مسألة: الودعي الذي استودعه رجل درهماً وآخر درهمين، فتلف درهم لا يعلم أنّه من صاحب

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢١ وردت المادّة بلفظ:

(إذا اختلط دينار أحد بدينارين لآخر من جنسه بصورة لا تقبل التمييز ثمّ ضاع اثنان منهما فيكون الدينار الباقي بينهما مشتركاً أثلاثاً، ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار).

انظر نهاية المحتاج ٥: ١٨٧.

(٢) في ج ١ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

الدرهم أو من صاحب الدرهمين، وتوزيعه عليهما بالنسبة هو مقتضى قاعدة العدل سواء كانت هناك شركة أم لا.

واعلم أنّ شركة المزج تكون تارة:

ظاهرية: وهي التي يتطرّق فيها احتمال التمييز، كما في قضية الدراهم وأمثالها.

وحقيقية: وهي التي يستحيل فيها التمييز عادة أو واقعاً، كامتزاج المائعات من جنس واحد، وكامتزاج الدقيق، ونحوه.

وفي الأُولى تكون القسمة ظاهرية مراعاة ببقاء الاشتباه، فإذا زال أمكن زوال الحكم وبطلان القسمة.

وفي الثانية يكون دائمياً لا مجال لبطلانه.

وبقيّة المواد قد سبق بيانها[١]، وهي واضحة.

---

(١) نصوص هذه المواد في مجلّة الأحكام العدلية ١٢١ ـ ١٢٢ كما يلي:

(مادّة:١٠٦٢) تنقسم شركة الملك قسمين: اختياري، وجبري.

(مادّة:١٠٦٣) الشركة الاختيارية هي: الاختيار الحاصل بفعل المتشاركين، كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والاتّهاب وبخلط الأموال المبيّن آنفاً.

(مادّة:١٠٦٤) الشركة الجبرية هي: الاشتراك الحاصل بغير فعل المتشاركين، كالاشتراك الحاصل في صورة التوارث واختلاط المالين.

(مادّة:١٠٦٥) اشتراك الودعاء المتعدّدين في حفظ الوديعة هو من قبيل الشركة الاختيارية.

أمّا إذا هبّت الريح وألقت ثياب أحد في دار مشتركة فشركة أصحاب الدار في حفظ هذه الثياب هي من قبيل الشركة الجبرية.

←

وقد شرعت (المجلّة) في بيان القسم الثاني من أحكام الشركة، أعني: ما يتعلّق بتصرّف الشركاء الذي يتكفّل به:

← (مادّة:١٠٦٦) **تنقسم شركة الملك إلى قسمين: شركة عين، وشركة دين.**

(مادّة:١٠٦٧) **شركة العين: الاشتراك في المال المعيّن والموجود، كاشتراك اثنين شائعاً في شاة أو في قطيع غنم.**

(مادّة:١٠٦٨) **شركة الدين: الاشتراك في الدين، كاشتراك اثنين في قدر كذا درهماً في ذمّة آخر.**

راجع: تبيين الحقائق ٥:٣١٣، البناية في شرح الهداية ٧:٥، البحر الرائق ٥:١٦٦، الفتاوى الهندية ٢:٣٠١، حاشية ردّ المحتار ٤:٢٩٩ و٣٠٠، اللباب ٢:١٢١.

الفصل الثاني

في بيان كيفية التصرّف في الأعيان المشتركة

سواء كانت من العقارات أو الحيوانات أو الأطعمة أو الحبوبات أو غيرها.

(مادّة: ١٠٦٩) كيفما يتصرّف صاحب الملك المستقل في ملكه يتصرّف أيضاً في الملك المشترك أصحابه بالاتّفاق كذلك[(١)].

لا يخفى ما في العبارة من التعقيد والتشويه.

والمراد: أنّ الشركاء يتصرّفون بالاتّفاق كما يتصرّف المالك في ملكه المستقل، فمجموعهم كواحد وواحدهم كالأجنبي ليس له التصرّف بدون إذنهم.

وعليه تتفرّع:

(مادّة: ١٠٧٠) يسوغ لأصحاب الدار المشتركة أن يسكنوا فيها جميعاً.

---

(١) ورد: (مثلما) بدل: (كيفما)، و:(كيفما شاء فأصحاب الملك المشترك يتصرّفون أيضاً) بدل: (يتصرّف أيضاً في الملك المشترك أصحابه) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٢.
قارن: البحر الرائق ٥:١٦٧، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٠٠ و٣٠٢.

لكن إذا أدخل أحدهم أجنبياً فللآخر منعه[١].

على أنّ هذا الاستدراك مستدرك، فإنّ للآخر المنع مطلقاً.

ومثلها:

(مادّة: ١٠٧١)[٢] التي مفادها: جواز تصرّف الشريك بإذن شريكه الذي علم ممّا سبق.

والاستدراك بقوله: **لكن لا يجوز أن يتصرّف تصرّفاً مضرّاً بالشريك**.

مستدرك أيضاً؛ فإنّ الضرر حرام مطلقاً، ولا حاجة إلى بيانه هنا.

(مادّة: ١٠٧٢) ليس لأحد الشريكين أن يجبر الآخر بقوله: اشتر حصّتي، أو: بعني حصّتك.

غير أنّ المحلّ المشترك إن كان قابلَ القسمةِ والشريك ليس بغائب يقسم، وإن كان غير قابل القسمة فلهما التهايؤ، كما يأتي تفصيله في الباب الثاني[٣].

---

(١) ورد: (معاً) بدل: (جميعاً)، ووردت بعد كلمة: (أجنبياً) زيادة: (إلى تلك الدار) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٢.

لاحظ حاشية ردّ المحتار ٤:٣٠٤.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٢ هكذا:

(يجوز لأحد الشريكين أن يتصرّف مستقلاً في المال المشترك بإذن الآخر.

لكن لا يجوز له أن يتصرّف تصرّفاً مضرّاً بالشريك).

راجع: بدائع الصنائع ٧:٥٢٣، البحر الرائق ٥:١٦٧، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٠٢.

(٣) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٢:

←

ولكن إذا كان الشريك غائباً لا تبطل القسمة مع طلب أحد الشركاء، بل يرفع أمره إلى حاكم الشرع، فينذره أو ينذر وكيله، فإن لم يحضر أحدهما سقط حقّ حضوره وتولّى الحاكم القسمة؛ لأنّه ولي الغائب والممتنع. وكذا لو لم يمكن مراجعة الغائب كمجهول المحلّ أو الحياة، فإنّ مثل هذه الأُمور العامّة من وظائف الحاكم، ولا يجوز في حفظ النظام تعطيلها، ولولا نصب الحكّام لمثل هذه الحوادث لاختلّ النظام وتعطّل كثير من الأحكام وساءت حالة الإسلام.

(مادّة: ١٠٧٣) الأموال المشتركة شركة الملك تقسّم حاصلاتها بين أصحابها على قدر حصصهم.

فإذا شرط أحد الشريكين في الحيوان المشترك شيئاً زائداً على حصّته من لبن ذلك الحيوان أو نتاجه فلا يصحّ[1].

لا ريب أنّ منافع الملك هي لأرباب الملك على حسب حصصهم،

→ (ليس لأحد الشريكين أن يجبر الآخر بقوله له: بعني حصّتك، أو: اشتر حصّتي. غير أنّه إذا كان الملك المشترك بينهما قابلاً للقسمة والشريك ليس بغائب فله أن يطلب القسمة، وإن كان غير قابل للقسمة فله أن يطلب المهايأة، كما سيجيء تفصيله في الباب الثاني).

انظر: البحر الرائق ٥:١٦٦، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٠١.

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٢ وردت المادّة بلفظ:

(تقسّم حاصلات الأموال المشتركة في شركة الملك بين أصحابها بنسبة حصصهم. فلذلك إذا شرط لأحد الشركاء حصّة أكثر من حصّته من لبن الحيوان المشترك أو نتاجه لا يصحّ).

قارن: البحر الرائق ٥:١٦٨، الفتاوى الهندية ٢:٣٠٤.

ولكن ذكر الشرط لا محلّ له هنا أصلاً؛ ضرورة أنّ الكلام في الشركة بمعنى اجتماع الحقوق، لا الشركة العقدية التي ستأتي في الباب السادس[١]، وهي التي تقبل الشرط وعدمه، أمّا هذه فلا مجال فيها للشروط أصلاً، فتدبّره جيّداً.

(مادّة: ١٠٧٤) الأولاد في الملكية تتبع الأُم.

مثلاً: إذا كان لواحد حصان فعلا على فرس آخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس.

كذلك إذا كان لواحد حمام ذكر ولآخر أُنثىٰ فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الأُنثىٰ[٢].

هذا الحكم ليس له كثير علاقة بمباحث الشركة إلّا بمقدار التنبيه على أنّ النتاج الحاصل من فحل شخص وأُنثى آخر لا يكون مشتركاً بينهما، بل يختصّ به مالك الأُم؛ لأنّه يعدّ عرفاً نماء ملكه كالثمرة، فإنّه يتبع الشجرة، لا فحل اللقاح.

ولا يختصّ هذا بالحيوان، بل يجري حتّى في الإنسان المملوك، فإنّه يكون لمالك أُمّه، لا لمالك أبيه ولا لهما معاً، إلّا مع الشرط، كما هو محرّر في محلّه.

---

(١) وذلك في ص٤٦٧.

(٢) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٢:

(النتاج يتبع الأُم في الملكية.

مثلاً: لو نزا حصان أحد على فرس آخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس.

كذلك لو كان لأحدهما ذكر حمام وللآخر أُنثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الأُنثىٰ).

(مادّة : ١٠٧٥) كلّ واحد في شركة الملك (بل وفي غيرها) **أجنبي في حصّة الآخر ، ليس واحد وكيلاً عن الآخر**... الخ[١].

هذه المادّة ـ على طولها من غير طائل ومع ما فيها من تعقيد العبارة وسوء البيان ـ قد اشتملت على حكم جزافي يخالف قاعدة الشركة.

وقد عرفت أنّ كلّ واحد من الشركاء نسبته وحده إلى المال المشترك نسبة الأجنبي إليه سواء بسواء ، فلا يجوز له أيّ تصرّف بدون إذن الباقين[٢]. فلو تصرّف وتلف المال بيده يكون ضامناً ولو مع عدم التعدّي والتفريط؛ لأنّها يد عادية؛ إذ كلّ جزء يفرض فهو له ولشركائه.

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٢ ـ ١٢٣ وردت المادّة بصيغة :

(كلّ واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصّة الآخر ، ولا يعتبر أحد وكيلاً عن الآخر.

فلذلك لا يجوز تصرّف أحدهما في حصّة الآخر بدون إذنه.

أمّا في سكنىٰ الدار المشتركة وفي الأحوال التي تعدّ من توابع السكنىٰ ـ كالدخول والخروج ـ فيعتبر كلّ واحد من أصحاب الدار المشتركة صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال.

مثلاً: لو أعار أحد الشريكين البرذون المشترك أو أجّره بدون إذن الآخر وتلف البرذون في يد المستعير أو المستأجر فللآخر أن يضمّنه حصّته.

كذلك إذا ركب أحدهما البرذون المشترك أو حمّله حملاً بلا إذن وتلف البرذون أثناء السير يكون ضامناً حصّته.

وكذلك إذا استعمله مدّة وصار هزيلاً ونقصت قيمته يكون ضامناً نقصان قيمة حصّته.

أمّا إذا سكن أحد صاحبي الدار المشتركة فيها بلا إذن الآخر مدّة فيكون قد سكن في ملكه ، فلذلك لا يلزمه إعطاء أُجرة لأجل حصّة شريكه.

وإذا احترقت الدار قضاءً فلا يلزمه ضمانها).

لاحظ : بدائع الصنائع ٧: ٥٢٣، نهاية المحتاج ٥ : ٣.

(٢) عرفت ذلك في ص٣٣٥.

فيكون المقام من قبيل اجتماع الملاّك على الشيء الواحد، لا الملاّك على أشياء. وكلّ واحد من أصحاب الدار المشتركة لا يعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال، بل صاحب ملك ناقص، وملكيته ضيّقة يزاحمه فيها جماعة آخرون وهم شركاؤه، فلا حقّ له في دخول وخروج فضلاً عن إعارة وإجارة بدون إذنهم. فلو سكن الدار بغير رخصة منهم وانهدمت ضمن حصصهم وإن لم يكن بتعدٍّ منه أو تفريط.

كلّ ذلك قضاءً لمعنى الشركة ولوازمها الطبيعية مؤيّدة بالقواعد الشرعية.

وكأن القوم توهّموا أنّ حقيقة الشركة كون كلّ شريك يملك جزءاً في الدار غير الجزء الذي يملكه الآخر.

وهو معنى لا محصّل له وإن كان ربّما يدور على لسان بعض المتفقهة.

ويتفرّع على ما ذكرنا: أنّه لو سكن الدار بدون إذن شريكه لزمته الأُجرة لحصّة شريكه سواء أشغل الدار كلّها أو بعضها، فإنّ البعض الذي أشغله هو له ولشريكه؛ إذ لا قسمة في البين، فتلزمه أُجرة ما أشغله بالنسبة، وإلّا لتساوى المشاع والمقسوم.

فالحكم بعدم الضمان وعدم الأُجرة حكم جزافي غريب.

وأغرب منه:

(مادّة: ١٠٧٦) إذا زرع أحد الشركاء في الأراضي المشتركة لا صلاحية للآخر في طلب حصّته من الحاصلات على عادة البلد، مثل: ثلث أو ربع.

لكن إذا نقصت الأرض بزراعته فله أن يضمّن الشريك الزارع قيمة نقصان حصّته[١].

بل الصحيح ـ حسب الأُصول والقواعد ـ أنّ له أُجرة المثل لا عادة البلد، إلّا إذا ساوت أُجرة المثل.

بل الأصحّ أنّ الشريك مخيّر ـ في هذه الصورة ـ بين قلع الزرع، وبين إبقائه بالأُجرة إلى حين حصاده مضافاً إلى أُجرة المدّة السابقة، وهكذا الغرس والبناء.

ولو نقصت الأرض كان له ـ مع ذلك ـ أرش النقيصة.

وعليه يبتني: أنّ أحد الشريكين لو آجر بدون إذن الآخر ـ سواء قبض الاجرة أم لا ـ فهو فضولي، والشريك مخيّر بين الإجارة والردّ وترجع الأُجرة لصاحبها، ولو تلفت كان على المؤجّر ضمانها على تفاصيل ذكرت في باب الفضولي.

ومن هنا ظهر الخلل في:

(مادّة: ١٠٧٧) أحد الشريكين إذا آجر لآخر المال المشترك

---

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٣ بالصيغة الآتية:

(لو زرع أحد الشريكين الأراضي المشتركة فلا صلاحية للشريك الآخر أن يأخذ من الحاصلات حصّة كالثلث والربع حسب عادة البلدة.

لكن إذا طرأ نقصان على الأرض لزراعتها فله أن يضمّن الشريك الزارع قيمة نقصان حصّته).

راجع: البحر الرائق ٥:١٦٧، الفتاوى الهندية ٢:٣٤١، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٠٠ و٣٠٢ و٣٠٤.

وقبض الأُجرة يعطي الآخر حصّته منها[١].

لا، بل الآخر مخيّر بين الإجازة فيأخذ حصّته منها، وبين الردّ فلا إجازة ولا أُجرة.

وأشدّ ضعفاً ووهناً:

(مادّة: ١٠٧٨) يسوغ للحاضر أن ينتفع بقدر حصّته من الملك المشترك في حال غيبة الشريك الآخر إذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتي بيانه[٢].

(مادّة: ١٠٧٩) انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضرّ الغائب يعدّ رضاً من الغائب[٣].

كلا، بل إذا قامت أمارة قطعية على رضاه جاز الانتفاع بمقدار سعة

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٣ وردت المادّة بلفظ:
(لو أجّر أحد الشريكين المال المشترك لآخر وقبض الأُجرة يعطي الآخر حصّته منها ويردّها إليه).
انظر الفتاوى الهندية ٢: ٣٣٩ و٣٤٢.

(٢) ورد: (حالة) بدل: (حال)، و: (رضاؤه) بدل: (رضاه)، و: (كما سيبيّن في المواد الآتية) بدل: (على الوجه الآتي بيانه) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٣.
قارن: المغني ٥: ٣٦، مغني المحتاج ٢: ١٨٩، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٣: ١٥، حاشية ردّ المحتار ٤: ٣٠٤.

(٣) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٣:
(يعدّ الغائب راضياً عن انتفاع الشريك الحاضر الملك المشترك على وجه غير مضرٍّ بالغائب).
لاحظ المصادر المتقدّمة في الهامش السابق.

الإذن وضيقه، ومع عدمها لا يجوز أصلاً أضرّ أم لم يضر.

(مادّة: ١٠٨٠) لا يوجد من الغائب رضا دلالة على الانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل.

فلا يجوز لبس الألبسة المشتركة في غياب أحد الشريكين، وكذا البرذون.

أمّا في الاشياء التي لا تختلف باختلاف المستعمل ـ مثل: حرث وتحميل ـ فله استعماله بقدر حصّته، كما لو غاب أحد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه في نوبته[١].

هذه المادّة ـ كما ترى ـ مثل أغلب مواد هذا الفصل مختلّة التراكيب مشوّهة الأساليب كأنّها رطانة أعجمية لا عبارة عربية!

ومباني هذه المواد بعضها استحسان وبعضها جزاف لا يساعد عليه عرف ولا قياس!

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٣ وردت المادّة بصيغة:

(لا يوجد رضا من الغائب دلالة في الانتفاع بالملك المشترك الذي يختلف باختلاف المستعملين.

بناءً عليه ليس لأحد صاحبي الثياب المشتركة لبسها في غياب الآخر، وكذلك ليس لأحدهما أن يركب البرذون المشترك بينهما في غياب الآخر.

أمّا الأُمور التي لا تختلف باختلاف المستعملين ـ كتحميل الحمل والحرث ـ فله الاستعمال بقدر حصّته.

وكذلك إذا غاب أحد الشريكين فله استخدام الخادم الأجير المشترك يوماً بعد يوم).

انظر: مغني المحتاج ٢:١٨٩، البحر الرائق ٥:١٦٧، الفتاوى الهندية ٢:٣٤١، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٠٤ ـ ٣٠٥.

وإلّا فأيّ فرق بين الألبسة المشتركة وركوب البرذون المشترك فلا يجوز، وبين التحميل والحرث واستخدام الخادم المشترك فيجوز؟!

وإن كان المراد قضية المهايأة فهي لا تتحقّق إلّا مع التراضي أو الخصومة، كما سيأتي[1].

وعلى فرضها فلتكن في المقامين ولتطّرد في جميع الأمثلة المذكورة، فما وجه التفصيل بغير دليل؟!

ومثلها:

(مادّة: ١٠٨١) السكنى في الدار لا تختلف...[2].

فإنّ سكنى كلّ واحد منهما ستّة أشهر إن كان مهايأة فهي موقوفة على التراضي أو الخصومة، وهو خلاف ظاهر الفرض، وهو غياب أحد الشريكين، وإن لم يكن مهايأة وتراضي فكلّ منهما فعل حراماً بتصرّفه بدون رضا شريكه، وعليه الأُجرة قليلة كانت العائلة أو كثيرة غائباً كان أحدهما أو حاضراً.

---

(١) سيأتي في ص٣٩٨ ـ ٣٩٩ و٤٠١ و٤٠٥.

(٢) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٣ بلفظ:

(السكنىٰ في الدار لا تختلف باختلاف المستعملين.

فعليه إذا غاب أحد صاحبي الدار فللآخر الانتفاع بالدار على وجه، كأن يسكن ستّة أشهر فيها وأن يتركها ستّة أشهر.

لكن إذا كانت عائلته كثيرة [الأفراد] فتصبح من قبيل المختلف باختلاف المستعملين، ولا يكون للغائب رضا دلالة في ذلك).

راجع: الفتاوى الهندية ٢: ٣٤١، حاشية ردّ المحتار ٤: ٣٠٤.

نعم، في غيبة أحد الشركاء وعدم وكيل له وعدم التمكّن من استئذانه أو امتناعه من الإذن يراجع حاكم الشرع لصحّة تصرّف الباقين حسبما يراه.

أمّا:

(مادّة: ١٠٨٢) لا يجوز للحاضر أن يسكن في حصّة الغائب [في الدار] المشتركة إذا كانت الحصص مفرزة(١).

فهي خروج عن موضوع الشركة؛ إذ لا شركة بعد الإفراز، فذكرها هنا فضلة مستدرك.

وكذا:

(مادّة: ١٠٨٣) المهايأة إنّما تجري وتعتبر بعد الخصومة.

فإذا سكن... إلى آخرها(٢).

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٤ ورد: (حصصهما) بدل: (الحصص)، ووردت آخر المادة زيادة: (**عن بعضهما. لكن إذا خيف خرابها من عدم السكنىٰ فالقاضي يؤجّر هذه الحصّة المفرزة ويحفظ أُجرتها للغائب**).

قارن: الفتاوى الهندية ٢:٣٤٢، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٠٥.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٤:

(**إنّما تعتبر وتجري المهايأة بعد الخصومة.**

فعليه إذا سكن أحد صاحبي الدار المشتركة في صحيح الدار مدّة مستقلاً بدون أن يدفع أُجرة عن حصّة الآخر فلا يسوغ لشريكه أن يقول له: إمّا أن تدفع لي أُجرة حصّتي عن تلك المدّة، وإمّا أن أسكن بقدر ما سكنت. إلّا أنّ له إن شاء تقسيم الدار إن كانت قابلة للقسمة، وإن شاء طلب المهايأة على أن تكون معتبرة من بعد ذلك، أي: من تاريخ المخاصمة.

ولكن إذا غاب أحد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدّة ـ كما بيّن في المادّة

←

فهي أيضاً مختلّة بألفاظها ومعانيها وتراكيبها ومبانيها!

أمّا:

أوّلاً: فالمهايأة كما تجري في صورة الخصومة تجري في صورة التراضي.

ثانياً: لا وجه للحكم بأنّه لا يسوغ له أن يطالبه بالأُجرة عن المدّة.

ثالثاً: لا وجه للتفصيل بين صورة الحضور والغيبة. غايته أنّه مع الغيبة المنقطعة التي يتعذّر أو يتعسّر مراجعة الشريك فيها يراجع حاكم الشرع، كما سبق(١).

وحيث عرفت أنّ أكثر مواد هذا الفصل مختلّة وتراكيبها ـ كمبانيها ـ منحلّة، فالأولى إعطاء الضابطة الكلّية والفذلكة التي يعلم منها حال سائر الفروع والفروض، فنقول:

إنّك قد عرفت أنّه ليس لأحد الشركاء أن يتصرّف بالمال المشترك بدون إذن الآخرين بأيّ تصرّف كان، فإن تصرّف بغير إذن منه أو من وكيله أو من حاكم الشرع فإن كان التصرّف فعلاً من الأفعال فهو حرام، ولزمته الأُجرة والضمان لو تلفت العين، إلّا على قول من يقول: بأنّ الأجر والضمان لا يجتمعان(٢).

→ الآنفة ـ فللغائب ـ عند حضوره ـ أن يسكن فيها بقدر تلك المدّة).

لاحظ حاشية ردّ المحتار ٤: ٣٠٤.

(١) سبق ذلك في الصفحة القبلية.

(٢) وهم الحنفية.

ولكن يظهر من (المجلّة) في المادّة المتقدّمة [**أي: مادّة: ١٠٧٥**][1] لزوم الضمان فيما لو أعار البرذون أو آجره وتلف، مع لزوم الأُجرة للشريك لو حمله بدون إذن.

وإذا زرع أحد الشركاء الأرض المشتركة بدون إذن الباقين كان الزرع له على ما سبق مكرّراً من أنّ الزرع لصاحب البذر، وعليه الأُجرة لأرباب الارض، فيدفع للشركاء أُجرة حصصهم منها.

وما ذكروه في: (**مادّة: ١٠٨٥**)[2] فهو ـ على طول بيانه وقصور

→ لاحظ: الأصل للشيباني ٣:٣٩، المبسوط للسرخسي ١٠:٢٠٧ و١٥:١٤٧، ١٦٦، ١٦٨، ١٦:١٥، ١٧ و٣٠:١٦٠، بدائع الصنائع ٨:١٩٢، مجامع الحقائق ٣٦٦.

(١) تقدّمت هذه المادّة في ص٣٣٩ (الهامش الأوّل).

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٤:

(إذا غاب أحد صاحبي الأراضي المشتركة وكان معلوماً أنّ زراعتها لا توجب نقصاناً في الأرض بل نافعة لها فللشريك الحاضر أن يزرع كامل تلك الأراضي، وإذا زرعها فللغائب ـ عند حضوره ـ أن يزرع تلك الأراضي بذلك المقدار.

وأمّا إذا كانت زراعتها توجب نقصان الأرض والحال [أنّ] تركها نافع لها ومؤدٍّ لخصبها فيعتبر أنّه لا يوجد إذن دلالة من الغائب بزراعتها.

فلذلك للشريك الحاضر أن يزرع من تلك الأراضي بمقدار حصّته فقط، كنصفها إذا كانت مشتركة مناصفة، وإذا كان يريد الزراعة تكراراً في السنة الآتية فيزرع أيضاً ذلك النصف، وليس له أن يزرع في سنة أحد طرفيها وفي السنة الأُخرى الطرف الآخر.

وإذا زرع جميع تلك الأراضي فللغائب ـ عند حضوره ـ أن يضمّنه حصّته من نقصان الأرض.

والتفصيلات السابقة هي في حالة عدم مراجعة الحاضر القاضي.

أمّا إذا راجع القاضي فالقاضي يأذنه في زراعة جميع تلك الأرض منعاً لضياع عشر أو خراج تلك الأرض.

←

تعبيره ـ يرجع إلى مهايأة قهرية بين الغائب والحاضر أو النصف والنصف الآخر من غير تراض ولا خصومة.

نعم، لو رجع إلى الحاكم مع تعذّر استئذان الشريك وأجاز له ذلك صحّ، ولا ضمان عليه حينئذٍ مع فرض التلف.

نعم، أُجرة حصّة الشريك لا بدّ منها.

هذا كلّه إذا كان التصرّف فعلاً من الأفعال، كسكنى الدار أو لبس الثوب ونحوها.

أمّا لو كان قولاً ـ كما لو باع أو آجر الجميع أو حصّة الشريك وحدها ـ فهو فضولي موقوف على الإجازة، ولا يجوز أن يسلّم العين، ولو سلّمها ضمن وصار تصرّفاً فعلياً مع التصرّف القولي.

كما أنّه لو استلم الثمن كان أمانة بيده لدافعه يجري عليه حكم الأمانات المالكية.

هذا كلّ ما ينبغي أو يجب أن يقال في هذا الموضوع، وعليك بتطبيق كلّ فرع على هذا الأصل.

ومنه يتّضح حال بقيّة المواد المذكورة في هذا الفصل[1] وما فيها من

← وعلى هذه الحال لا يكون للغائب ـ عند حضوره ـ حقّ بادّعاء نقصان الأرض).

انظر: البحر الرائق ٥:١٦٧، الفتاوى الهندية ٥:١٤٤ و٢٥٥ ـ ٢٥٦، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٠٤.

(١) نصوص هذه المواد في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٤ و١٢٥ كالآتي:

←

صحّة وفساد.

نعم:

(مادّة: ١٠٨٩) بعض الورثة إذا بذر الحبوب المشتركة بإذن الباقين الكبار أو وصي الصغار في الأراضي الموروثة تصير جملة الحاصلات مشتركة بينهم.

ولو بذر أحدهم حبوب نفسه فالحاصلات له خاصّة، لكن يكون ضامناً لبقيّة الورثة حصّة نقصان الأرض على زراعته[1].

← (مادّة :١٠٨٦) إذا غاب أحد شريكي الكرم المشترك يقوم الآخر على ذلك الكرم، وعند إدراك الثمر يأخذ حصّته منه ويستهلكها.

وله أيضاً بيع حصّة الغائب ووقف ثمنها.

لكن يكون الغائب مخيّراً ـ عند حضوره ـ إن شاء أجاز ذلك البيع وأخذ الثمن الموقوف، وإن شاء لا يجيز وضمّنه حصّته.

راجع: الفتاوى الهندية ٢ :٣٤٢، حاشية ردّ المحتار ٤ :٣٠١.

(مادّة: ١٠٨٧) حصّة أحد الشريكين في حكم الوديعة في يد الآخر.

فلذلك إذا أودع أحدهما المال المشترك من نفسه لآخر فتلف يكون ضامناً حصّة شريكه، انظر (مادّة: ٧٩٠).

قارن المصادر التي ذكرناها في هامش (مادّة: ٧٩٠).

(مادّة :١٠٨٨) لأحد الشريكين إن شاء بيع حصّته إلى شريكه، وإن شاء باعها لآخر بدون إذن شريكه، انظر (مادّة: ٢١٥).

أمّا في صورة خلط الأموال واختلاطها التي بيّنت في الفصل الأوّل فلا يسوغ لأحد الشريكين أن يبيع حصّته في الأموال المشتركة المخلوطة أو المختلطة بدون إذن شريكه.

لاحظ: تبيين الحقائق ٣ :٣١٣، البحر الرائق ٥ :١٦٧، حاشية ردّ المحتار ٤ :٣٠٠.

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٥ وردت المادّة بالصيغة الآتية:

←

وإن كانت تطابق ما ذكرنا من أنّ الزرع لأرباب البذر، ولكن الضمان ليس لنقصان الارض فقط، بل يضمن أُجرة الأرض أيضاً.

و:

(مادّة: ١٠٩٠) إذا أخذ أحد الورثة مبلغاً من التركة واتّجر به قبل القسمة وخسر يكون الخسران عليه، كما إذا ربح لا يسوغ لبقيّة الورثة طلب حصّته منه[١].

واضحة الضعف؛ فإنّ هذا الحكم لا يختصّ بأحد الورثة، بل كلّ من اتّجر بمال غيره فإن خسر فالخسران عليه قطعاً إن لم يكن مأذوناً؛ لأنّه بحكم الغاصب، أو هو وإن ربح فهو نوع من الفضولي، فإن أجاز الشريك كان له ربح حصّته، وإلّا كان له رأس ماله.

وقد مرّ قريباً في (مادّة: ١٠٧٣) أنّ الحاصلات تقسّم بين أصحابها على قدر حصصهم[٢].

← (إذا بذر بعض الورثة الحبوب المشتركة في الأراضي الموروثة بإذن الورثة الآخرين أو إذن وصيهم ـ إذا كانوا صغاراً ـ فتكون الحاصلات مشتركة بينهم جميعاً.

ولو بذر أحدهم حبوب نفسه فحاصلاتها له، إلّا أنّه يكون ضامناً حصّة الورثة في نقصان الأرض الناشئ عن زراعتها، انظر مادّة: ٩٠٧).

لاحظ: الفتاوى الهندية ٥: ٢٧٤، حاشية ردّ المحتار ٦: ٢٨٥.

(١) وردت المادّة بهذه الصيغة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٥:

(إذا أخذ أحد الورثة مقداراً من النقود من التركة قبل القسمة بدون إذن الآخرين وعمل فيه فخساره يعود عليه، كما أنّه لو ربح لا يأخذ الورثة حصّة فيه).

انظر الفتاوى الهندية ٢: ٣٤٦.

(٢) راجع ص ٣٣٧ (الهامش الأوّل).

تتمة

إطلاق الشركة يتصرّف إلى الإشاعة، أي: الإشاعة الكسرية من الكسور التسعة النصف والثلث والربع إلى آخرها.

وقد تستعمل الشركة في أنواع أُخرى:

(**منها**): الشركة على نحو الكلّي في المعيّن، كصاع من صبرة، وأرطال معيّنة من ثمرة هذا النخل.

و(**منها**): شركة مستحقّي الزكاة والخمس في النصاب.

و(**منها**): شركة الموقوف عليهم في غلّة الوقف.

و(**منها**): شركة المسلمين في الأراضي الخراجية.

ولكلّ واحد من هذه الأنواع أحكام تخصّها مذكورة في محالها.

الفصل الثالث

في بيان الديون المشتركة

الشركة في الدين مثل الشركة في العين في أكثر الأحكام والأسباب، فلا يكون الدين مشتركاً إلّا بسبب يوجب الشركة. وقد تقدّم بيان الأسباب الموجبة للاشتراك في العين[1].

فمن استدان عيناً مشتركة صار الدين الذي في ذمّته مشتركاً بين أربابها.

كما أنّ الميّت[2] لو مات وفي تركته أعيان يشتركون الورثة في ملك تلك الأعيان كلّ على حسب نصيبه من الإرث.

كذلك لو كان له ديون فإنّها تكون مشتركة بينهم على حسب حصصهم.

وهذا هو السبب الغالب لحصول الشركة في العين والدين.

أمّا مثل المزج والحيازة والاتّهاب فلا يجري شيء منها في الدين، إلّا الهبة إن صحّحنا هبة الدين.

---

(١) تقدّم في ص٣٢٣ - ٣٢٤.

(٢) التعبير بالشخص أولىٰ.

ولكن إذا وقعت الشركة في العين ثمّ استقرضها آخر أو ابتاعها في الذمّة صار الدين مشتركاً.

وكما أنّ العين المشتركة لا يجوز لأحد الشركاء التصرّف فيها بدون إذن الباقين، كذلك الدين المشترك.

فلو قبض أحدهم الدين كلاً أو بعضاً بغير إذنهم كان فضولياً ومضموناً عليه، ويتخيّر الشريك الآخر بين أخذ حصّته منه أو الرجوع بها على المدين.

ولا يختصّ أحدهم بما يقبضه، بل هو مشترك بينهم على الحصص، حتّى إنّ الشركاء لو أجازوا لواحد أن يقبض حصّته فقط فقبضها شاركه الباقون فيها؛ لأنّ الدين لا يقسم، كما سيأتي أن شاء الله(١).

فالمقبوض من الدين للجميع والتالف منه على الجميع.

نعم، لو وقع الصلح بينهم على أن تكون حصّته من دين فلان بحصّته من الدين الآخر فيختصّ كلّ واحد منهم بدين شخص كان مديناً للجميع فيعود مديناً لواحد صحّ ذلك وصار مثل بيع الدين على أجنبي.

وجلّ ما ذكروا في هذا الفصل من المواد أو كلّها تندرج في هذه الجملة التي ذكرناها(٢).

---

(١) سيأتي في الأجزاء الآتية.

(٢) نصوص هذه المواد في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٥ ـ ١٢٦ كالآتي:

(مادّة: ١٠٩١) إذا كان لاثنين أو أكثر في ذمّة واحد دين ناشئ عن سبب واحد فهو دين مشترك بينهم شركة ملك، وإذا لم يكن سببه متّحداً فليس بدين مشترك، كما يظهر ويتّضح من المواد الآتية.

←

....

← (مادّة :١٠٩٢) كما تكون أعيان المتوفّىٰ المتروكة مشتركة بين وارثيه على حسب حصصهم ، كذلك يكون الدين الذي له في ذمّة آخر مشتركاً بين وارثيه على حسب حصصهم .
(مادّة :١٠٩٣) يكون الدين الذي يترتّب في ذمّة المتلف ضماناً لإتلافه مالاً مشتركاً بين أصحاب ذلك المال .
(مادّة :١٠٩٤) إذا أقرض اثنان مبلغاً من النقود مشتركاً بينهما لأحد صار الدين الذي في ذمّة المستقرض مشتركاً بينهما .
أمّا إذا أقرض اثنان إلى آخر نقوداً على طريق الانفراد ـ أي : كلّ على حدّة ـ صار كلّ منهما دائناً على حدة ، ولا يكون الذي في ذمّة المستقرض مشتركاً بين الاثنين .
(مادّة :١٠٩٥) إذا بيع مال واحد مشترك بصفقة واحدة ولم تذكر ولم تسم حين البيع حصّة أيّ واحد من الشريكين فالدين الذي في ذمّة المشتري يكون ديناً مشتركاً .
وأمّا إذا سمّىٰ وعيّن حين البيع مقدار حصّة كلّ منهما في ثمن المبيع أو نوعها .
مثلاً : لو فرّقت وميّزت حصّة كلّ منهما ـ بأن قيل : إنّ حصّة أحدهما بكذا درهماً أو حصّة أحدهما بمسكوكات خالصة وحصّة الآخر بمسكوكات مغشوشة ـ فلا يكون البائعان شريكين في ثمن المبيع ، ويكون كلّ واحد منهما دائناً على حدة .
كذلك لو باع أحدهما حصّة الشائعة إلى أحد ثمّ باع الآخر حصّته الشائعة لذلك الرجل فلا يكونان شريكين في ثمن المبيع ، ويكون كلّ واحد منهما دائناً مستقلاً .
(مادّة :١٠٩٦) لو باع اثنان مالهما لآخر بصفقة واحدة ، كأن يكون لأحدهما حصان وللآخر فرس ، فيبيعانهما معاً بكذا درهماً ، فيكون المبلغ المذكور ديناً مشتركاً بين البائعين .
وأمّا إذا سمّىٰ كلّ واحد منهما ثمناً لحيوانه كذا درهماً فيكون كلّ واحد منهما دائناً على حدة .
كذلك إذا باع كلّ واحد من الاثنين مالاً على حدة لآخر فلا يكون ثمن المبيعين مشتركين ، ويكون كلّ واحد من الثمنين ديناً مستقلاً .
(مادّة :١٠٩٧) إذا أدّىٰ اثنان دين أحد حسب كفالتهما ، فإن أدّياه من مال مشترك بينهما ←

وظهر من جميع ذلك أنّ كلّ واحد من الشركاء في المال المشترك حرّ مطلق العنان في ملكيته من جهة، ومقيّد مربوط بغيره من جهة أُخرى.

مثلاً: إذا أراد أن يتصرّف بحصّته المشاعة على إشاعتها من دون أن يمسّ العين بتصرّف كان حرّاً في ذلك، ولا يتوقّف على مراجعة شريكه أو استئذانه.

فلو باعها أو اشترى بها أو وقفها صحّ بقول مطلق، لكن لا يدفع العين إلى المشتري ولا يسلّطه على حصّته إلّا بإذن الشريك. فالبيع غير موقوف، ولكنّ التسليم والإقباض موقوف، وهكذا.

ثمّ لا بأس بإبداء بعض الملاحظات على بعض مواد هذا الفصل:

(مادّة: ١١٠٠) وإن كان الدين مشتركاً فكلّ واحد من الدائنين له طلب حصّته من المديون، وفي غيبة أحد الدائنين عند مراجعة الدائن الآخر الحاكم يأمر بإداء حصّته[١].

← فيكون مطلوبهما من المكفول عنه ديناً مشتركاً.

(مادّة:١٠٩٨) إذا أمر أحد اثنين بأداء كذا درهماً دينه فأدّياه، فإن أدّياه من المال المشترك بينهما فيكون المطلوب لهما من ذلك الرجل ديناً مشتركاً، وإذا كانت النقود التي أعطياها غير مشتركة وكانت حصّة كلّ واحد منهما متميّزة حقيقة فلا يكون مطلوبهما منه ديناً مشتركاً بمجرّد أدائهما النقود معاً.

(مادّة:١٠٩٩) إذا كان الدين غير مشترك فلكلّ واحد من الدائنين أن يطلب ويستوفي دينه من المدين على حدة، ويحسب ما يقبضه كلّ واحد من مطلوبه ليس للدائن الآخر أن يأخذ منه حصّته.

قارن: بدائع الصنائع ٧: ٥٢٣ و٥٢٦، الفتاوى الهندية ٢: ٣٣٦ و٣٣٧ و٣٤٤ و٣٤٧.

(١) وردت هذه المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٦:

←

المتعيّن جعل هذه المادّة مع التي بعدها[١] مادّة واحدة دفعاً لإيهام التدافع، فيقال:

إذا كان الدين مشتركاً فلكلّ واحد من الشركاء أن يطالب المديون بحصّته، فإن دفعها أو دفع منها لم يجز أن يختصّ بما قبض، بل المقبوض له ولشريكه والباقي لهما أيضاً.

وإن امتنع المديون ـ لغيبة الشريك الآخر ـ راجع الدائن الحاضر الحاكم، فإن قبضها بأمره اختصّ بها؛ لأنّ أمر الحاكم يقوم مقام القسمة والإفراز وإن كان الدين لا يقسم، كما سيأتي[٢].

وهذا يغني عن:

(مادّة: ١١٠٢)[٣].

← **(إذا كان الدين مشتركاً فلكلّ واحد من الدائنين أن يطلب حصّته من المدين، وإذا راجع أحد الدائنين القاضي في غياب الدائن الآخر وطلب حصّته من المدين فيؤمر من طرف القاضي بالأداء).**

لاحظ الفتاوى الهندية ٢ :٣٣٧.

(١) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٦:

(ما يقبضه كلّ واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً بينه وبين الآخر، ويأخذ شريكه حصّته منه، ولا يسوغ للقابض أن يحسبه من حصّته فقط).

انظر: بدائع الصنائع ٧:٥٢٣، الفتاوى الهندية ٢:٣٣٧.

(٢) سيأتي في الأجزاء الآتية.

(٣) ونصّها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٦ ـ ١٢٧ ـ هو:

(إذا قبض أحد الدائنين حصّته من الدين المشترك فصرفها واستهلكها فلشريكه أن يضمّنه حصّته.

←

فإنّها تكرار أو توضيح لا حاجة إليه.

(مادّة: ١١٠٣) أحد الشريكين إذا اشترى بحصّته متاعاً من المديون ولم يقبض منه شيئاً فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع، لكن له أن يضمّنه حصّته من ثمن ذلك المتاع.

وإن اتّفقا على أن يكون المتاع مشتركاً كان كذلك[1].

عرفت قريباً أنّ لكلّ واحد من الشركاء أن يبيع حصّته أو يشتري بها أو يصالح عليها، وتكون تصرّفاته ـ من هذا القبيل ـ نافذة لازمة من دون حاجة إلى إذن شركائه[2].

نعم، ليس له أن يدفع العين ويسلّط المشتري عليها، إلّا بإذنهم.

وعليه فالمتاع الذي اشتراه يكون مختصّاً به، ولا حقّ للشريك فيه،

← **مثلاً: لو أخذ وقبض أحد الدائنين خمس مائة درهم حصّته من الدين الألف درهم المشترك مناصفة بين اثنين وصرفها واستهلكها فلشريكه الدائن الآخر أن يضمّنه مائتين وخمسين درهماً، وتكون ـ في هذه الحالة ـ الخمس مائة درهم الباقية في ذمّة المدين مشتركة بين الاثنين أيضاً).**

راجع: بدائع الصنائع ٧: ٥٢٣ و٥٢٤، الفتاوى الهندية ٢: ٣٣٧.

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٧:

(إذا لم يقبض أحد الشريكين في الدين المشترك شيئاً من الدين المشترك، لكنّه اشترى متاعاً من المدين بدلاً عن حصّته، فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع، لكن له أن يضمّنه حصّته من ثمن ذلك المتاع.

وإذا اتّفقا على الاشتراك يكون المتاع المذكور مشتركاً بينهما).

قارن: بدائع الصنائع ٧: ٥٢٤، الفتاوى الهندية ٢: ٣٣٧.

(٢) عرفت ذلك في ص٣٥٥.

وليس له الرجوع على الشريك، كما نصّت عليه (المجلّة) بقولها: **فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في المتاع.**

ولكن لا مجال لقولها متّصلاً به: **ولكن له أن يضمّنه حصّته من ثمن ذلك المتاع.**

بل هو أشبه بالتهافت.

نعم، يصحّ هذا فيما لو قبض الحصّة ثمّ اشترى بها؛ لما عرفت من أنّ المقبوض مشترك لا يختصّ به القابض.

فلو اشترى به متاعاً كان فضولياً بالنسبة إلى حصّة شريكه، إن شاء أجاز القبض والشراء وكان شريكاً في المتاع كما هو شريك في باقي الدين، وإلّا فله الرجوع على شريكه بحصّته من الثمن أو على المديون بها.

هكذا ينبغي تحرير المباحث وتنقيح المسائل.

ومنه تعرف الخلل أيضاً في:

(مادّة: ١١٠٤) إذا صالح أحد الشريكين في الدين المشترك المديون على حقّه منه على أثواب بزّ وقبضها فهو مخيّر إن شاء أعطى شريكه مقدار ما أصاب حصّته من الأثواب، وإن شاء أعطاه حصّته من الحقّ الذي تركه[١].

---

(١) ورد: (شريكي الدين) بدل: (الشريكين في الدين)، و: (عن حقّه من الدين المشترك على كذا أثواب قماش وقبض تلك الأثواب) بدل: (على حقّه منه على أثواب بزّ وقبضها) و: (مقدار حصّته من المبلغ) بدل: (حصّته من الحقّ) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٧.

←

فإنّ التخيير للشريك الآخر بين الإجازة وبين الردّ، لا للشـريك الذي صالح على أثواب البزّ، كما نصّت عليه:

(مادّة: ١١٠٥)[١].

وهذا أيضاً في صورة القبض.

أمّا مع عدم القبض ووقوع الصلح أو البيع بما في ذمّة المـديون مـن حصّة الشريك فكلّ هذا ساقط، ولا حقّ للشريك الآخر فيما إذا أخذه شريكه بوجه من الوجوه، كما سيأتي أيضاً توضيحه[٢]، فـتدبّره ولا يشـتبه عـليك الأمر.

وبهذا يتبيّن لك أنّ الحـقّ فـي **(مـادّة: ١١٠٥)** هـو التـفصيل؛ فـإنّ الشريك إذا قبض تمام الدين المشترك أو بعضه ثمّ اشترى به متاعاً فالشريك الآخر الدائن مخيّر ـ كما في (المجلّة) ـ إن شاء أجاز معاملة شريكه ويأخذ

← انظر: بدائع الصنائع ٧:٥٢٥، تبيين الحقائق ٥:٤٥ ـ ٤٨، مجمع الأنهر ٢:٣١٧ ـ ٣١٨، الفتاوى الهندية ٢:٣٣٨.

(١) ونصّها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٧ ـ هو:

(إذا قبض أحد الدائنين مقداراً من الدين المشترك أو تمامه على الوجه المبيّن آنـفاً، أو اشترى بدلاً عن حصّته، أو صالح المدين على مال مقابل مطلوبه، فيكون الدائن الآخـر مخيّراً في جميع الصور إن شاء أجاز معاملة شريكه هذه ويأخذ حصّته منه ـ كما بيّن في المواد الآنفة ـ وإن شاء لم يجز ويطلب حصّته من المدين.

وإذا هلك الدين عند المدين يرجع الدائن على القابض، ولا يكون عدم إجازته قبلاً مانعاً من الرجوع).

راجع الفتاوى الهندية ٢:٣٣٧.

(٢) سيأتي في ص٣٦٠.

حصّته منه كما سبق، وإن شاء ردّ ويطلب حصّته من المديون.

أمّا لو اشترى بحصّته من الدين قبل قبضه لا كلاً ولا بعضاً فلا حقّ للدائن الآخر على شريكه، بل يرجع على المديون بحصّته.

أمّا قول (المجلّة): **(وإن هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض)** فلا أعرف لهلاك الدين ـ وهو كلّي في الذمّة ـ معنى محصّلاً.

نعم، لو أفلس المديون أو تعذّر تحصيل الدين منه لم يختلف الحكم.

يعني: إن اشترى بحصّته في الذمّة لم يكن للشريك حقّ، وإن قبض واشترى كان له الرجوع عليه، أي: على شريكه.

وعدم إجازته أوّلاً لا يمنع من رجوعه أخيراً.

نعم، يشكل لو كان قد سبق منه الردّ، فإنّ الرجوع لا يبقى له محلّ ولا موضع للإجازة، فليتدبّر.

(مادّة: ١١٠٦)[(١)].

أحد الدائنين إذا قبض حصّته من الدين المشترك الذي قد عرفت أنّه لا يختصّ به، بل هي له ولشريكه على النسبة. وحينئذٍ لو تلفت في يده بغير تعدٍّ فإن كان القبض بإذن الشريك فالتلف عليهما والباقي لهما، وإن كان

---

(١) نصّ هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٧ ـ هكذا:

(إذا قبض أحد الدائنين حصّته من الدين المشترك من المدين وتلفت في يده قضاءً فلا يضمن حصّة شريكه من هذا المقبوض، لكن يكون قد استوفىٰ حصّة نفسه، ويكون الدين الباقي عند المدين عائداً إلى شريكه).

لاحظ: بدائع الصنائع ٧:٥٢٥، الفتاوى الهندية ٢:٣٣٧.

بدون إذن أو مع التعدّي كان التلف عليه فقط والباقي عند المديون يكون لشريكه.

وهذا هو البيان الصحيح هنا، لا ما ذكرته (المجلّة)، فإنّ ذكر الضمان لا محلّ له أصلاً، وقيد: (**بدون تعدٍّ منه**) لغو؛ إذ لا ضمان عليه مطلقاً مع التعدّي وبدونه.

نعم، يختلف الحكم مع الإذن وعدم التعدّي، فيشتركان في التالف كما يشتركان في الباقي.

أمّا مع عدم الإذن فيختصّ التلف مطلقاً بالقابض، والباقي للشريك الآخر، فافهم جيّداً واعرف الفرق بين هذا وبين ما ذكرته (المجلّة).

(مادّة: ١١٠٧) إذا استأجر أحد الشركاء المديون بمقابل حصّته من الدين المشترك فللآخر أن يضمّن شريكه مقدار ما أصاب حصّته من الأجرة[1].

كلا، لا حقّ للشريك الآخر هنا، ولا ضمان، ولا رجوع.

نعم، لو قبض الدين واستأجر فللآخر الإجازة أو الردّ، ولكلّ واحدة حكمها.

وبهذا الملاك يظهر الخلل في:

(مادّة: ١١٠٨) أحد الشريكين الدائنين إذا أخذ رهناً عن حصّته

---

(١) ورد: (الشريكين المدين بأُجرة في مقابلة) بدل: (الشركاء المديون بمقابل) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٧.

قارن: بدائع الصنائع ٧:٥٢٦، الفتاوى الهندية ٢:٣٣٩.

وتلف في يده فلشريكه أن يضمّنه مقدار ما أصاب حصّته... إلى الآخر[(١)].

فإنّ أحد الدائنين إذا أخذ على حصّته الكلّية رهناً فهو مختصّ به، كما لو اشترى بها شيئاً حسبما عرفت من بياناتنا السابقة.

فلو تلف الرهن تلفاً ضمانياً سقطت حصّته المقابلة للرهن فقط، ويبقى الباقي الذي في ذمّة المديون للدائن الآخر فقط، كما لو أبرأه أحدهما أو وهبه المنصوص عليه في:

(مادّة: ١١١٠) إذا وهب أحد الدائنين المديون حصّته...[(٢)].

ولا يكون ضامناً حصّة شريكه.

وكذا لو أخذ كفيلاً على حصّته فإنّه كالرهن والهبة والإسقاط يختصّ بها.

نعم، لو أحاله بحصّته اشتركا؛ لأنّ الحوالة نوع من الأداء.

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٧:

(إذا أخذ أحد الشريكين الدائنين من المدين رهناً في مقابلة حصّته وتلف المرهون في يده فلشريكه أن يضمّنه مقدار ما أصاب حصّته في ذلك.

مثلاً: إذا كان مقدار الدين المشترك مناصفة ألف درهم فأخذ أحد الدائنين رهناً لأجل حصّته يساوي خمس مائة درهم وتلف هذا الرهن في يده فقد سقط نصف الدين، وللدائن الآخر أن يضمّنه مائتين وخمسين درهماً العائدة إلى حصّته).

انظر: بدائع الصنائع ٧:٥٢٨، الفتاوى الهندية ٢:٣٣٩.

(٢) تكملة هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٨، وبعد تبديل كلمة: (المديون) بـ: (للمدين) هي: **(من الدين المشترك أو أبرأ ذمّته منها فهبته أو إبراؤه صحيح، ولا يضمن حصّة شريكه من أجل ذلك).**

راجع: بدائع الصنائع ٧:٥٢٤، الفتاوى الهندية ٢:٣٣٨.

فما في: (**مادّة: ١١٠٩**)[1] ـ من: طردهما على نسق واحد ـ غير سديد، فتدبّره.

وكذا لا فرق بين الصورتين في:

(مادّة: ١١١١) إذا أتلف أحد الدائنين مال المديون وتقاصّا بحصّته ضماناً... إلى آخرها[2].

ففي كلا الصورتين يصير الدائن مشغول الذمّة بقيمة ما أتلفه، فيقع التقاصّ والتهاتر، ويبقى الباقي في ذمّة المديون للشريك وهو الدائن الآخر.

والتفصيل بينهما لا وجه له أصلاً، فتدبّره.

(مادّة: ١١١٢) ليس لأحد الدائنين أن يؤجّل الدين، ولكن له أن يؤجّل خصوص حصّته فقط، ولا يتوقّف على إذن الآخر[3].

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٧:
(إذا أخذ أحد الدائنين كفيلاً من المدين بحصّته من الدين المشترك أو أحاله بها على آخر فللدائن الآخر أن يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه).
لاحظ الفتاوى الهندية ٢: ٣٤٠.

(٢) ورد: (في الدين المشترك مال المدين) بدل: (مال المديون) في مجّلة الأحكام العدلية ١٢٨.
وتكملة هذه المادّة في المصدر السابق هكذا: (**أخذ حصّته منه. لكن إذا كان أحد الدائنين مديناً للمدين بسبب مقدّم عن ثبوت الدين المشترك ثمّ حصلت المقاصّة بحصّته من الدين المشترك فليس لشريكه أن يضمّنه حصّته**).
قارن: بدائع الصنائع ٧: ٥٢٦ ـ ٥٢٧، الفتاوى الهندية ٢: ٣٣٩ و ٣٤٥.

(٣) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٨:

←

والاشتباه والخلط الواقع في هذه الفروع المندرجة في هذه المواد من (المجلّة) كلّه ناشئ من الغفلة عن الضابطة التي ذكرناها صدر كتاب الشركة[١]، وهي: أنّ كلّ تصرّف يتعلّق بالحصّة من حيث هي وعلى كلّيتها في الذمّة أو في العين فهو صحيح نافذ لا يتوقّف على إذن الشركاء الباقين، أمّا لو وقع على العين الخارجية أو الحصّة المقبوضة من كلّي الدين فهو موقوف على إذن الجميع، فاغتنمه وتدبّره.

لاحقة

(مادّة: ١١١٣) إذا باع واحد مالاً إلى اثنين يطالب كلّ واحد بحصّته عل حدة ما لم يكن أحد المشتركين كفيلاً للآخر لا يطالب بدينه[٢].

هذا واضح كوضوح العكس، وهو: ما لو باع اثنان مالهما لواحد، فإنّ اللازم أن يدفع لكلّ واحد حقّه، ولا يجوز لأحدهما المطالبة بكلّ المال، إلّا أن يكون وكيلاً عن الآخر.

← **(ليس لأحد الدائنين أن يؤجّل ويؤخّر الدين المشترك بلا إذن الآخر).**

انظر: بدائع الصنائع ٧:٥٢٥، الفتاوى الهندية ٢:٣٣٨.

(١) وذلك في ص٣٢٢ ـ ٣٢٣.

(٢) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٨:

(إذا باع أحد مالاً لاثنين يطالب كلّ واحد منهما بحصّته على حدة، ولا يطلب دين أحدهما من الآخر ما لم يكن المشتريان كفيلي بعضهما).

راجع الفتاوى الهندية ٢:٣٣٦ و٣٣٧ و٣٤٣.

الباب الثاني

في بيان القسمة

ويشتمل على تسعة فصول

الفصل الأوّل

في تعريف القسمة وتقسيمها

(مادّة: ١١١٤) القسمة هي: تعيين الحصّة الشائعة بعضها عن بعض، كالذراع والوزن والكيل[١].

لمّا كانت القسمة هي ضدّ الإشاعة ورفعها والأشياء تعرف بأضدادها وكانت الإشاعة عبارة عن: اجتماع الحقوق، فالقسمة إذاً: إفرازها وتفريقها.

أمّا تعريفها ـ كما في (المجلّة): بتعيين الحصّة الشائعة ففيه من التسامح ما لا يخفى.

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٨ وردت المادّة بلفظ:

(القسمة هي: تعيين الحصّة الشائعة.

يعني: إفراز وتمييز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما، كالكيل والوزن والذراع).

وقد عرّفها الحنفية بما مرّ وبتعريف آخر هو: جمع نصيب شائع له في مكان معيّن.

وعرّفها الشافعية بأنّها: تمييز بعض الأنصباء من بعض.

والمالكية بأنّها: تصيير مشاع من مملوك مالكين معيّناً ولو باختصاص تصرّف فيه بقرعة أو تراض.

والحنابلة بأنّها: تمييز بعض الأنصباء من بعض وإفرازها عنها.

لاحظ: بدائع الصنائع ٩:١٤٢ ـ ١٤٣، المغني ١١:٤٩١، التسهيل في الفقه ٢٠٠، البناية في شرح الهداية ١٠:٤٧٨، الإنصاف ١١: ٣٢٢، مواهب الجليل ٥:٣٣٤، تكملة شرح فتح القدير ٨:٣٤٨، مغني المحتاج ٤:٤١٨، الفتاوى الهندية ٥: ٢٠٣، تكملة البحر الرائق ٨:١٤٧.

وعلى كلٍّ، فإنّ التعبيرات هنا بأجمعها لا تخلو من قصور.

وينكشف هذا الغموض بما ذكرناه من أنّ حقيقة الإشاعة هي: اجتماع الملاّك على ملكية شيء واحد[١]، فهو نحو ضعيف من الملكية.

وعليه فالقسمة هي: تبديل ملكية ضعيفة لكلّ واحد من الشركاء في العين بملكية قويّة لكلّ واحد في بعضها.

هذه هي الحقيقة الصميمة، وبما شئت فعبّر عنها.

ثمّ إنّ المقياس لا يختصّ بالذراع أو الوزن أو الكيل، بل يحصل بالعدّ أو المشاهدة أو غير ذلك حسب الأوضاع والأطوار الزمنية.

(مادّة: ١١١٥) القسمة تكون على وجهين:

إمّا جمع الحصص الشائعة في كلّ فرد...إلى آخرها[٢].

هذا التقسيم للقسمة غير واف ولا مستبين.

---

(١) تقدّم ذلك في ص٣٢٣.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٨:

(القسمة تكون على وجهين، وذلك إمّا أن تقسّم الأعيان المشتركة ـ أي: الأشياء المتعدّدة المشتركة ـ إلى أقسام، وبذلك تكون قد جمعت الحصص الشائعة في كلّ فرد منها في واحدة من القسم، كتقسيم ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة إلى ثلاثة أقسام كلّ قسمة عشرة شياه، ويقال لها: قسمة جمع.

وأمّا تقسيم الدين المشتركة فتعيّن الحصص الشائعة في كلّ جزء منها في كلّ قسم منه، كتقسيم عرصة إلى قسمين، ويقال لها: قسمة تفريق وقسمة فرد).

قارن: بدائع الصنائع ٩:١٤٨ و١٥١، الفتاوى الهندية ٥:٢٠٦، تكملة البحر الرائق ٨:١٥٢، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٦١.

وتحرير البحث: أنّ القسمة ـ من حيث المال المقسوم والمقسوم عليهم أو باعتبارات أُخرى ـ تنقسم إلى أقسام:

فمن الحيثية الأُولى نقول: إنّ المال المقسوم إمّا أن يكون عيناً واحدة أو أعياناً متعدّدة من جنس واحد أو أجناس مختلفة، وعلى كلّ التقادير فإمّا أن يمكن قسمته على الحصص قسمة متساوية أم لا، وعلى الثاني إمّا أن تتعذّر القسمة مطلقاً أو تمكن مع الردّ.

فإن كان متعدّداً وأمكن القسمة على نسبة الحصص فهي التي تسميها (المجلّة): قسمة الجمع، كثلاثين شاة مشتركة، فإن كانت لثلاثين أو خمسة عشر أو عشرة فهي صحيحة، وإن كانت لثلاثة عشر أو تسعة فهي كسرية.

وإن كان المقسوم واحداً وأمكن قسمته أجزاءً بحسب الحصص أيضاً فهي قسمة التفريق، أي: تفريق الواحد إلى أجزاء، وهو ظاهر في أكثر المثليات من المكيل والموزون أو كلّها، كما سيأتي[١].

وإن لم يمكن تقسيمه أجزاءً متساوية بنسبة الحصص فإن أمكن قسمته متفاوتاً مع الردّ والجبران فهي القسمة الردّية، وإلّا فلا قسمة، بل ترفع القضية ـ مع التشاح ـ إلى الحاكم، فيلزمهما إمّا بيع حصّة أحدهما على الآخر أو على أجنبي ويقسّم الثمن. وهذا لعلّه هو الذي يطلق عليه اليوم: (إزالة الشيوع).

وأمّا من حيث المقسوم عليهم فإمّا أن يتّفقا على القسمة أو يتشاحا.

---

(١) سيأتي في ص٣٨٢.

فإن اتّفقا فهي قسمة تراض اختيارية، وإن تشاحا ورجعا إلى الحاكم فألزم بها فهي جبرية، وهي التي تعبّر عنها (المجلّة): بقسمة القضاء والسابقة: بقسمة الرضا، كما في: (مادّة: ١١٢٠) و: (١١٢١) و: (١١٢٢)[١].

وإن تشاحا بعد القسمة على الحصص فالقرعة.

هذا مجمل ما ينبغي أن يقال في جمهرة أقسام القسمة.

ومنه تتّضح:

(مادّة: ١١١٦)[٢].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٩ جاءت هذه المواد بالصيغ الآتية:

(مادّة: ١١٢٠) ينقسم كلّ من قسمة الجميع وقسمة التفريق إلى نوعين:

النوع الأوّل: قسمة الرضا.

والنوع الثاني: قسمة القضاء.

(مادّة: ١١٢١) قسمة الرضا هي: القسمة التي تجري بين المتقاسمين ـ أي: بين أصحاب الملك المشترك ـ بالرضا، فيقسّمونه بينهم بالتراضي، أو يقسّمه القاضي برضائهم جميعاً.

(مادّة: ١١٢٢) قسمة القضاء هي: تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم، أي: بطلب بعض أصحاب الملك المشترك.

انظر: المغني ٤٩٢:١١ و٤٩٣ و٤٩٦ و٥٠٢، شرح العناية للبابرتي ٣٥١:٨، تكملة شرح فتح القدير ٣٥٠:٨ ـ ٣٥١، مغني المحتاج ٤١٩:٤ و٤٢٣، تكملة البحر الرائق ١٥١:٨، حاشية ردّ المحتار ٢٦١:٦.

(٢) وصيغتها في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٨ ـ ١٢٩:

(القسمة من جهة إفراز، ومن جهة مبادلة.

مثلاً: إذا كانت كيلة حنطة مشتركة بين اثنين مناصفة فيكون لكلٍّ منهما النصف من كلّ

←

والقسمة من جهة إفراز، ومن جهة مبادلة.

وهذا التنويع يبتني على ما هو المشهور عند الفقهاء من أنّ كلّ جزء يفرض فجزؤه لأحد الشريكين والآخر للآخر[(١)]، أمّا على ما اخترناه من أنّ معناها اجتماع مالكين على الشيء الواحد فهي مبادلة بين الملكيتين فقط ولا إفراز في البين، فتدبّره جيّداً.

(مادّة: ١١١٧) جهة الإفراز في المثليات راجحة.

بناءً عليه كلّ واحد من الشريكين في المثليات له أخذ حصّته في غيبة الآخر بدون إذنه[(٢)].

← حبّة منها، فإذا قسمت جميعها إلى قسمين من قبيل قسمة الجمع وأُعطي أحد أقسامها إلى واحد والثاني إلى الآخر يكون كلّ واحد منهما أفرز نصف حصّته وبادل في النصف الآخر شريكه بنصف حصّته.

كذلك إذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فيكون لكلّ واحد منهما نصف حصّة في كلّ جزء منها، فإذا قسمت قسمين قسمة تفريق وأُعطي كلّ واحد منهما قسمة يكون كلّ واحد منهما قد أفرز نصف حصّته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصّته).

راجع: بدائع الصنائع ٩:١٤٣، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٥٤.

(١) نُسب لبعض الفقهاء في المسالك ٤:٣١٨ و٣٣٥.

ولاحظ: التنقيح الرائع ٢:٢٠٨، الرياض ٩:٣٢٠.

(٢) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٩:

(جهة الإفراز في المثليات راجحة.

فلذلك لكلّ واحد من الشريكين في المثليات المشتركة أخذ حصّته في غيبة الآخر دون إذن. لكن لا تتمّ القسمة ما لم تسلّم حصّة الغائب إليه، وإذا تلفت حصّة الغائب ـ قبل التسليم ـ تكون الحصّة التي قبضها شريكه بينهما).

قارن: البناية في شرح الهداية ١٠:٤٨١، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٥٤، اللباب ٤:٩١.

كلا، لا يجوز عندنا تصرّف أحد الشريكين بدون إذن الآخر مطلقاً غائباً كان الآخر أو حاضراً قسمةً كان التصرّف أو غيرها.

فإمّا هو أو الحاكم، وبدون أحدهما لا يجوز القسمة ولا غيرها.

ولو تلفت حصّة الغائب قبل التسليم تكون الحصّة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما، بل والتالفة مضمونة، يعني: يضمن للغائب حصّته منها.

(**مـادّة: ١١١٨) جـهة المـبادلة فـي القـيميات راجـحة**... إلى آخرها[١].

يعني: بالمثليات ما تتساوى أجزاؤه بالقيمة على النسبة.

مثلاً: حقّة القمح بأربعة دراهم، فالوقية بدرهم.

أمّا القيميات فلا تتساوى أجزاؤها بالقيمة، فإنّ مثقال الألماس ـ مثلاً ـ بمائة دينار، ولكن ربعه بعشرة، لا بخمسة وعشرين.

ويريدون أنّ المثليات ـ أي: المتساوية ـ يأخذ الشريك منها نصيبه ولو بدون إذن الآخرين، وأمّا غير المتساوية ـ أي: القيميات ـ فلا يجوز.

وقد عرفت عدم الجواز في الجميع.

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٩ وردت تكملة المادّة بالنصّ التالي:

(والمبادلة تكون إمّا بالتراضي أو بحكم القاضي.

فلذلك لا يجوز لأحد الشريكين في الأعيان المشتركة من غير المثليات أخذ حصّته منها في غيبة الآخر بدون إذنه).

انظر المصادر المتقدّمة في الهامش السابق.

(مادّة: ١١١٩) المكيلات والموزونات والعـدديات المـتقاربة ـ كالجوز والبيض ـ كلّها مثليات... إلى آخرها[١].

هذه الضوابط للمثليات والقيميات غير مطّردة، وليس كلّ المكيلات والموزونات مثليات، ولا كلّ الذرعيات قيميات، فإنّ أنواع الحلي والمصاغ كلّها موزونة مع أنّها قيمية، والحبال والأمراس[٢] ذرعية مع أنّ أكثرها مثلية.

فالأولى الرجوع في كلّ مورد بخصوصه إلى العرف ونظر الحاكم واجتهاده الخاصّ في الموضوع.

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٩ وردت تكملة المادّة بهذا النصّ:

(أمّا الأواني المصنوعة باليد والموزونات المتفاوتة فهي قيمية.

وكذلك كلّ جنس مثلي خلط بخلاف جنس في صورة لا تقبل التمييز والتفريق ـ كالحنطة مخلوطة بالشعير ـ هو قيمي.

وكذلك الذرعيات قيمية.

أمّا الذرعيات كالجوخ من جنس واحد والقماش من مصنوعات المعامل التي لا يوجد تفاوت بين أفرادها ويباع كلّ ذراع منها بكذا درهماً فهي مثلية.

والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين أفرادها تفاوت في القيمة ـ كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر ـ هي قيمية.

وكتب الخطّ قيمية، وكتب الطبع مثلية).

راجع: بدائع الصنائع ٩:١٥١ ـ ١٥٢، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٥٤.

(٢) المرسة: الحبل، والجمع: مَرَس، وجمع المرس: أمراس. (الصحاح ٣:٩٧٧).

الفصل الثاني

في بيان شرائط القسمة

(مادّة : ١١٢٣) كون المقسوم عيناً شرط .

فلا يصحّ تقسيم الدين المشترك . . . إلى الآخر[١] .

تقسيم الدين له صورتان :

إحداهما : ما ذكر في هذه المادّة من اتّفاق الورثة على أن يكون دين مورّثهم على الأشخاص المتعدّدين موزّعاً عليهم كلّ واحد لواحد منهم .

---

(١) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٩ :

(يشترط أن يكون المقسوم عيناً .

فلذلك لا يصحّ تقسيم الدين المشترك قبل القبض .

مثلاً : إذا كان للمتوفّي ديون في ذمم أشخاص متعدّدين واقتسمها الورثة على أنّ ما في ذمّة فلان من الدين لفلان الوارث وما في ذمّة فلان منه لفلان الوارث لا يصحّ .

وفي هذه الصورة كلّ ما يحصّله أحد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر ، انظر الفصل الثالث من الباب الأوّل) .

هذا الشرط معتبر لدى الحنفية ، والشافعية .

وخالفهم في اعتباره الحنابلة ، فجوّزوا قسمة الدين بإطلاق .

والمالكية يجوّزون قسمة الدين الواحد تراضياً لا إجباراً ؛ لأنّه لا تتصوّر فيه القرعة .

لاحظ : بداية المجتهد ٢ : ٢٧٠ ، المغني ١١ : ٥١١ ، مغني المحتاج ٤ : ٤٢٦ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٢٦٧ .

الثانية: أن يقتسموا الدين الواحد، فيكون القسط الأوّل لواحد، والثاني لآخر، وهكذا.

وتقسيم الدين بهاتين الصورتين باطل، وما يقبضه أحدهم كلاً أو بعضاً يكون مشتركاً بين الجميع المقبوض لهم والهالك عليهم.

والأخبار المعتبرة عندنا بهذا متوفّرة[١].

(مادّة: ١١٢٤) لا تصحّ القسمة إلاّ بإفراز الحصص وتمييزها.

فلو قال أحد أصحاب الصبرة المشتركة من الحنطة: خذ أنت ذلك الطرف وهذا الطرف لي، لا يكون قسمة[٢].

حقّ هذا أن يقال: إنّ شرط صحّة القسمة معلومية الحصص، فلو كانت مجهولة بطلت.

وتختلف الجهالة والمعلومية باختلاف الأجناس، فمعلومية المكيل والموزون بكيله ووزنه، ومعلومية الأرضين بمساحتها وذرعها، وهكذا.

وقد تكفي المشاهدة في جملة أشياء، كما تكفي في البيع.

وجمهرة شروط صحّة القسمة أُمور:

---

(١) راجع الوسائل الشركة ٦:١ و٢ (١٩:١٢ - ١٣).

(٢) ورد: (مثلاً: إذا) بدل: (فلو)، و: (صاحبي) بدل: (أصحاب)، ووردت زيادة: (لآخر) بعد: (الحنطة)، و: (من الصبرة) بعد: (ذلك الطرف) في مجلّة الأحكام العدلية ١٢٩ - ١٣٠.

انظر: بدائع الصنائع ١٤٣:٩، البناية في شرح الهداية ٤٧٨:١٠ و٤٨١.

١ ـ الملكية.

أي: ملكية كلّ واحد من الشركاء فلو ظهر كون المقسوم كلاً أو بعضاً مستحقّاً للغير بطلت في جملة من الصور، كما سيأتي قريباً.

وكذا لو ظهر وقفاً؛ فإنّ الوقف لا يقسم.

نعم، يقسم ويفرز عن الملك الطلق لو كان مشتركاً معه.

٢ ـ المعلومية في الحصص.

فلو كانت مجهولة أو بعضها بطلت.

٣ ـ تعديل الحصص.

يعني: التساوي وعدم الغبن. فلو تبيّن الغبن فيها على بعض الشركاء بطلت.

٤ ـ الرضا من الشركاء، أو حكم الحاكم أو الوصي أو الولي.

٥ ـ الطلب في قسمة القضاء من بعض الشركاء.

٦ ـ قابلية المال المشترك للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المهمّة من كلّ واحد من الحصص بذاته بعد القسمة.

٧ ـ كون المقسوم عيناً خارجية، لا ديناً ولا حقّاً.

هذه خلاصة ما أشارت إليه (المجلّة) من الشروط في هذا الفصل.

أمّا:

(مادّة: ١١٢٥) شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمة.

فإذا ظهر مستحقٌّ للمقسوم... إلى آخرها[١].

فخلاصة ما تتضمّنه: بيان الصور لظهور المستحقّ، وهي محتاجة جدّاً إلى التحرير؛ فإنّها من شكاسة[٢] التعبير بمكان! وإليك البيان:

١ ـ أن يظهر المقسوم مستحقّاً للغير بتمامه.

والبطلان هنا لا يحتاج إلى تبيان.

---

(١) صيغة هذه المادّة الواردة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٠:

(يشترط أن يكون المقسوم ملك الشركاء حين القسمة.

فلذلك لو ظهر مستحقّ لكلّ المقسوم بعد القسمة بطلت القسمة، وكذلك إذا ظهر مستحقّ لجزء شائع من المقسوم ـ كنصفه أو ثلثه ـ بطلت القسمة ويلزم تكرار تقسيم المقسوم، وكذلك إذا ظهر مستحقّ لمجموع حصّة بطلت القسمة وتكون الحصّة الباقية مشتركة بين أصحاب الحصص.

وإذا ظهر مستحقّ لمقدار معيّن في حصّة أو لجزء شائع منها فيكون صاحب تلك الحصّة مخيّراً إن شاء فسخ القسمة، وإن شاء لا يفسخها ورجع بمقدار نقصان حصّته على صاحب الحصّة الأُخرى.

مثلاً: لو قسمّت عرصة مساحتها مائة وستون ذراعاً إلى قسمين، فظهر ـ بعد التقسيم ـ مستحقّ لنصف حصّته، فلصاحب الحصّة إن شاء فسخ القسمة، وإن شاء رجع على شريكه بربع حصّته، يعني: يأخذ من حصّته محلّ عشرين ذراعاً.

وإذا ظهر مستحقّ لمقدار معيّن من كلّ حصّة، فإذا كانت الحصص متساوية فلا تفسخ القسمة، وإذا كانت حصّة أحدهما قليلة وحصّة الآخر كثيرة فيعتبر مقدار الزيادة فقط، ويكون كأنّهما ظهر مستحقّ لمقدار معيّن في حصّة واحدة، ويكون من أصاب حصّته أكثرية الاستحقاق مخيّراً ـ كما مرّ ـ إن شاء فسخ القسمة، وإن شاء رجع على شريكه بمقدار النقصان).

قارن: بدائع الصنائع ٩:١٥٧، الفتاوى الهندية ٥:٢١٩ و٢٢٤، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٦٦.

(٢) الشكس: العسر والصعوبة. (جمهرة اللغة ٢:٨٣٢).

٢ ـ أن يظهر مستحقّ لجزءٍ منه مشاع كنصف أو ثلث.

وتبطل هنا أيضاً؛ لأنّ كلّ حصّة من المقسوم فيه حصّة للغير، فيكون تفريق حقّه في الحصص ضرراً عليه.

اللهمّ إلّا إذا رضي بذلك، فتبقى القسمة بحالها، ويكون شريكاً لكلّ واحد منهم.

٣ ـ إذا ظهر مستحقّ لخصوص حصّة معيّنة من الحصص المقسومة.

فتبطل القسمة طبعاً، وتعاد في الباقي للشركاء من رأس.

٤ ـ أن يظهر مستحقّ لمقدار معيّن في حصّة معيّنة من الحصص أو لجزءٍ مشاع فيها.

وهنا لا تبطل القسمة، بل يتخيّر صاحب الحصّة المستحقّ فيها بين إمضاء القسمة والرجوع على الشركاء بنقصان ما أخذ المستحقّ منه، وبين فسخ القسمة وإعادتها من رأس.

٥ ـ أن يظهر مستحقّ لجزء مشاع في حصّة واحد معيّن.

ولا تبطل هنا أيضاً، بل يكون لصاحب الحصّة التي فيها الجزء المشاع خيار بين فسخ القسمة وإعادتها، وبين البقاء على الشركة مع المستحقّ الجديد وأخذ النقصان من الشركاء.

٦ ـ أن يظهر مستحقّ لجزء معيّن من كلنا الحصّتين أو الحصص مع تساوي حقّه في كلّ حصّة.

وهنا تبقى القسمة بحالها، ويأخذ المستحقّ حقّه من الجميع.

٧ ـ ظهور المستحقّ لجزءٍ معيّن فى الحصّتين أو الحصص مع عدم التساوي.

والحكم هنا أيضاً عدم البطلان، ويتخيّر أرباب الحصص بين فسخها وإعادتها من رأس، وبين إبقائها ويرجع صاحب الحصّة الناقصة على شريكه ذي الحصّة الزائدة.

ومن مجموع ما ذكر تتّضح جميع مواد هذا الفصل، فتدبّرها.

الفصل الثالث

في بيان قسمة الجمع

عرفت أنّ مرادهم بقسمة الجمع: قسمة الأعيان المتعدّدة على الشركاء المتعدّدين[1]، سواء كانت من جنس واحد كعشرين شاة، أو من أجناس متعدّدة كشياة وجمال.

فإن كانت متّحدة جرت فيها قسمة التراضي بلا اشكال، بل وقسمة القضاء من الحاكم، كما في:

(مادّة: ١١٣٢)[2].

وكان ينبغي أن يضمّ إليها أيضاً:

(مادّة: ١١٣٣)[3]، فيقال: الأعيان المتّحدة الجنس تجري فيها قسمة

---

(١) عرفت ذلك في ص٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣١:

(تجري قسمة القضاء في الأعيان المشتركة المتّحدة الجنس.

يعني: أنّ القاضي يقسّم ذلك حكماً بطلب بعض الشركاء سواء كان ذلك من المثليات أو من القيميات).

لاحظ: تكملة شرح فتح القدير ٨: ٣٥٠ ـ ٣٥١، مجمع الأنهر ٢: ٤٨٨.

(٣) وردت المادّة باللفظ الآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٣١:

(بما أنّه لا يوجد فرق وتفاوت بين أفراد المثليات المتّحدة الجنس فقسمتها عدا أنّها غير

←

القضاء كما تجري قسمة الرضا؛ لعدم التفاوت بين أفراد المثليات المتّحدة الجنس، كعدم الضرر بأحد الشركاء، ويكون كلّ واحد قد استوفى تمام حقّه.

ولا حاجة إلى ذلك التطويل والإكثار من الأمثلة.

(مادّة: ١١٣٤) القيميات المتّحدة الجنس... إلى قولها:

مثلاً: خمس مائة شاة مشتركة بين اثنين إذا قسّمت نصفين فكأنّما أخذ كلّ واحد منهما عين حقّه(١).

الخدشة في هذا واضحة؛ فإنّ القيميات غالباً تختلف آحاد الجنس الواحد منها أشدّ الاختلاف وقلّما تتساوى أفرادها.

← مضرّة بأيّ شريك من الشركاء يكون قد أخذ كلّ واحد منهم حقّه وحصل على تمامية ملكه بها.
فعليه لو كان مقدار من حنطة مشتركاً بين اثنين، فإذا قسّم بينهما على حسب حصصهما فيكون كلّ واحد منهما استوفىٰ حقّه وأصبح مالكاً للحنطة التي أصابت حصّته.
وكذا درهماً من سبيكة الذهب، وكذا أُقّة من الفضّة أو من النحاس، أو سبيكة حديد، وكذا ثوباً من الجوخ من جنس واحد، وكذا ثوباً من البزّ، وكذا عدداً من البيض من هذا القبيل أيضاً).

راجع: تبيين الحقائق ٥:٢٦٥، تكملة البحر الرائق ٨:١٤٨، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٥٥.

(١) صيغة هذه المادّة ـ كما في مجلّة الأحكام العدلية ١٣١ ـ كالآتي:
(وإن كان يوجد بين أفراد القيميات المتّحدة الجنس فرق وتفاوت إلّا أنّه باعتباره جزئياً صار في حكم العدم، وعدّت قابلة للقسمة أيضاً على الوجه المذكور آنفاً.
وكذا مائة جمل ومائة بقرة هي من هذا القبيل أيضاً).
انظر المصادر المتقدّمة في الهامش السابق.

خذ ـ مثلاً ـ الخمس مائة شاة التي ذكرتها (المجلّة)، فإنّك قد لا تجد فيها شاتين متساويتين من حيث السمن أو الهزال واللون والصوف وغير ذلك، فلا بدّ في قسمتها من التعديل، ولا يصحّ قسمتها جزافاً عدداً لكلّ واحد مائتين وخمسين من دون توازن بين الجيّد والرديء والسمين والهزيل.

ويمكن أن يقال: إنّ القاعدة الكلّية أو الغالبة أنّ القسمة في المثليات المتّحدة الجنس قسمة جمع لا تحتاج إلى تعديل، وأظهره في الموزون والمكيل، وما عداها من القيميات أو المثليات المختلفة تحتاج إلى تعديل.

وهذا لازم في كلّ قسمة رضائية أو قضائية، فإنّ التعديل في القسمة ضروري، إلّا أن يسقط أحدهم حقّه لشركائه أو لبعضهم، فتدبّره جيّداً، ولا يشتبه عليك الأمر، كما اشتبه عليهم.

وممّا ذكرنا تتّضح بقيّة مواد هذا الفصل[1].

---

(١) نصوص هذه المواد في مجلّة الأحكام العدلية ١٣١ ـ ١٣٢ كالآتي:

(مادّة: ١١٣٥) لا تجري قسمة القضاء في الأجناس المختلفة ـ أي: في الأعيان المشتركة المختلفة الجنس ـ سواء كانت من المثليات أو من القيميات.

أي: لا يسوغ للقاضي أن يقسمها قسمة جمع جبراً بطلب أحد الشركاء.

أي: لا تجري قسمة القاضي بإعطاء أحد الشريكين ـ مثلاً ـ مقداراً كذا كيلة حنطة وإعطاء الآخر مقابل ذلك كذا كيلة شعير، أو بإعطاء أحدهما كذا شاة وإعطاء الآخر مقابل ذلك كذا إبلاً أوبقرة، أو إعطاء أحدهما سيفاً وإعطاء الآخر سرجاً، أو إعطاء أحدهما داراً وإعطاء الآخر حانوتاً أو ضيعة.

أمّا قسمة الرضا الجارية برضائهما ـ على الوجه المشروح ـ فجائزة.

(مادّة: ١١٣٦) الأواني المختلفة بحسب اختلاف الصنعة ـ ولو كانت مصنوعة من جنس

←

الفصل الرابع

[في بيان قسمة التفريق]

(مادّة: ١١٣٩) تفريق العين المشتركة وتبعيضها...[1].

← واحد من معدن واحد ـ تعدّ مختلفة الجنس.

(مادّة :١١٣٧) الحليات وكبار اللؤلؤ والجواهر من الأعيان المختلفة الجنس أيضاً.

أمّا الجواهر ـ مثل: اللؤلؤ الصغير وأحجار الماس الصغيرة ـ فتعدّ متّحدة الجنس.

(مادّة :١١٣٨) الدور العديدة والدكاكين والضياع مختلفة الجنس أيضاً.

فلذلك لا تقسم قسمة جمع.

مثلاً: لا تجوز قسمة القضاء بأن يعطى أحد الشريكين من الدور المتعدّدة واحدة والآخر أُخرى، بل تقسّم كلّ واحدة منها قسمة تفريق على الوجه الآتي.

قارن: تبيين الحقائق ٥:٢٦٩ ـ ٢٧٠، تكملة البحر الرائق ٨:١٥١ ـ ١٥٢، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٦١، اللباب ٤:٩٦.

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٢:

(إذا كان تفريق وتبعيض عين مشتركة غير مضرّ بأيّ شريك من الشركاء فهي قابلة للقسمة.

مثلاً: إذا قسّمت عرصة وكان تنشأ أبنية وتغرس أشجار وتحفر بئر في كلّ قسم منها، فعلىٰ هذا الوجه تكون المنفعة المقصودة من العرصة باقية.

وكذلك لو قسّمت دار فيها منزلان واحد للرجال والآخر للحريم فتفريقها وتقسيمها إلى دارين لا يفوّت منفعة السكنىٰ المقصودة من الدار، ويكون كلّ واحد من الشركاء صاحب دار مستقلّة. فلذلك تجري قسمة القضاء سواء في العرصة أو في الدار. يعني إذا طلب أحد الشركاء القسمة وامتنع الآخر فيقسمها القاضي جبراً).

لاحظ: بدائع الصنائع ٩:١٤٨، تبيين الحقائق ٥:٢٦٨، تكملة البحر الرائق ٨:١٥١، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٥٤.

ملاك صحّة القسمة هنا ـ أعني: في الدار والعقار وكافة الأموال غير المنقولة ـ عدم حصول الضرر على أحد الشركاء بالقسمة.

والمراد بالضرر هنا عدم إمكان الانتفاع بالحصّة انتفاعاً معتدّاً به عند العرف وإن كان في غير الجهة الأُولى.

مثلاً: لو كانت الدار لا تنقسم إلى دارين، ولكن يمكن أن تكون دكّانين في سوق دائر أو شارع عامٍّ، فالأقرب صحّة الإجبار على القسمة.

وعدم الضرر ـ كما عرفت ـ معتبر في كلّ قسمة. غايته أنّ المتماثلات المتعدّدة لا يحصل في قسمتها ضرر غالباً، بخلاف القيميات مثل: الدار والعقار، فإنّها مظنّة الضرر في الغالب، ولذا يلزم فيها الردّ للجبران والتعديل في الأكثر.

ومن هنا يستبين لك الخلل في:

(مادّة: ١١٤٠)[١].

فإنّ القسمة إذا كانت تضرّ بعض الشركاء وتنفع بعضهم لا يمكن للحاكم أن يجبرهم على القسمة بصورة مطلقة ـ كما يظهر من هذه المادّة ـ

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٢ وردت المادّة بلفظ:

(إذا كان تبعيض وتفريق العين المشتركة نافعاً لأحد الشركاء ومضرّاً بالآخر ـ يعني: أنّه مفوّت لمنفعته المقصودة ـ فإذا كان الطالب للقسمة المنتفع فالقاضي يقسمها كذلك حكماً. مثلاً: إذا كانت حصّة أحد الشريكين في الدار قليلة لا ينتفع بها ـ بعد القسمة ـ بالسكنى فيها وصاحب الحصّة الكبيرة يطلب قسمتها فالقاضي يقسمها قضاءً).

راجع: بدائع الصنائع ٩:١٤٨، تبيين الحقائق ٥:٢٦٨ ـ ٢٦٩، تكملة شرح فتح القدير ٨:٣٥٧ ـ ٣٥٨، تكملة البحر الرائق ٨:١٥١، حاشية ردّ المحتار ٦: ٢٥٣ ـ ٢٥٤ و ٢٦٠.

بل لابدّ من تدارك ضرر الشريك بالردّ والجبران، وإلّا كان من القسم الذي لا يمكن قسمته، كما في:

(مادّة: ١١٤١)[١].

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٢:

(لا تجري قسمة في العين المشتركة التي يضرّ تفريقها وتبعيضها بكلّ واحد من الشركاء.
مثلاً: إذا قسّمت الطاحون فلا تستعمل طاحوناً بعد، فلذلك تفوت المنفعة المقصودة منها.
وعليه فلا يسوغ للقاضي قسمتها بطلب أحد الشركاء، أمّا بالتراضي فتقسم.
والحمّام والبئر والقناة والبيت الصغير أو الحائط بين الدارين هي كذلك، والعروض المحتاجة إلى الكسر والقطع كحيوان واحد ومركبة واحدة وسرج واحد وجبّة واحدة وحجر خاتم واحد هي من هذا القبيل، فلا تجري قسمة القضاء في أيّ واحد منها).

هذا، وللحنفية في تحديد مدى الضرر المذكور آراء ثلاثة:

الرأي الأوّل: أنّه الضرر العامّ فحسب، أي: الذي لا يخصّ شريكاً دون آخر، بأن بطلت بالنسبة لكلّ شريك المنفعة المقصودة من المال المشترك، كما لو كان حجم البيت أو الحمّام أو الطاحون صغيراً لا ينقسم بعدد الشركاء بيوتاً وحمّامات وطواحين، وكما في قسمة الجوهرة والثوب الواحد والحذاء والجدار والبقرة والشاة، فهذا الضرر هو الذي يمنع من الإجبار على القسمة؛ لأنّها لتكميل المنفعة، وليس هنا إلّا تفويتها، فيكون من قلب الموضوع، وهكذا كلّ ما تحتاج قسمته إلى كسر أو قطع، ولذا قالوا: لو كان مع ما لا يقسم ـ لما في قسمته من الضرر العامّ للمقتسمين من عين أو بئر أو نهر أو قناة ـ أرض قسّمت الأرض وتركت البئر والقناة وما إليهما على الشركة، أمّا على التراضي فلا مانع من القسمة؛ لأنّهما يملكان الإضرار بأنفسهم، والقاضي لا يمنع بالقضاء من يقدم على إتلاف ماله.

أمّا الضرر الخاصّ ببعض الشركاء دون بعض ـ كما لو كان نصيب واحد فحسب في البيت أو الحمّام أو الطاحون هو الذي يتّسع لمثل ذلك ـ فإنّه لا يمنع الإجبار على القسمة سواء أكان المستضرّ هو طالب القسمة أم غيره، وذلك لأنّه إن كان المستضرّ هو طالب القسمة فقد رضي بضرر نفسه، وبذا صارت القسمة كالخالية من شوب الضرر، وإن كان الآخر فإنّ الضرر اللاحق بالمستضرّ من القسمة ليس ـ إذا أمعنّا النظر ـ بضرر حقيقي، بمعنى: أنّه يفوت به

←

....

← حقّ له، وإنّما كلّ ما هنالك أنّه ـ بسبب قلّة نصيبه ـ يريد لنفسه استمرار الانتفاع بنصيب شريكه، وهذا يأبىٰ عليه ويطالب باستخلاص حقّه وتكميل منافع ملكه، ولهذا شرّعت القسمة، ووظيفة القاضي القيام بواجب الإنصاف وإعطاء كلّ ذي حقّ حقّه، فيجب عليه ذلك هنا.

وهذا هو الذي قرّره الحاكم الشهيد.

الرأي الثاني: أنّه الضرر الذي لا يخصّ الطالب، فيشمل الضرر الخاصّ بالممتنع والضرر العامّ؛ لأنّ ضرر طالب القسمة يسقط اعتباره بطلبه؛ إذ معناه رضاه بضرر نفسه، أمّا ضرر الآخر ـ وهو الممتنع ـ فليس ثمّ ما يسقط اعتباره، والطالب لا يسلّط على الإضرار بغيره.

وهذا هو الذي ذكره الجصّاص.

الرأي الثالث: أنّه الضرر لا يخصّ الممتنع، فيشمل الضرر الخاصّ بطلب القسمة والضرر العامّ، أي: عكس الثاني؛ لأنّ ضرر الممتنع ليس ضرراً حقيقياً، فلا يعتدّ به، وإنّما ينظر في ضرر الطالب، فإذا انتفىٰ فليس ثمّ مانع ما من الإجبار على القسمة، وإذا لم ينتفِ كان متعنتاً بمطلب القسمة، والمتعنت لا يلتفت إليه، وقسمة الإجبار لا تكون بدون طلب معتدٍّ به.

وهذا هو الذي قرّره الخصّاف، وجرى عليه القدّوري، وجعله المرغيناني الأصحّ.

والمالكية والشافعية والحنابلة يختلفون في تحديد مدى الضرر المشروط انتفاؤه للإجبار على القسمة على آراء أربعة:

الأوّل: مطلق الضرر.

وعليه المالكية، وبعض الشافعية وجماهير الحنابلة، وابن أبي ليلىٰ.

وذلك لنهيه ﷺ عن الضرر والضرار وعن إضاعة المال، سواء كان في فضّ الشركة أم البقيا عليها، كما نصّ عليه الحنابلة فيما لو أوصىٰ إنسان بخاتمه لشخص وبفصّه لآخر، إذ قالوا: إنّ أيّهما طلب قلع الفصّ فإنّه يجاب، ففي مسألة الشريكين لأحدهما في الدار عشرها وليس يصلح للسكنىٰ ـ ولو بإضافة خارجية يستطيعها ـ وللآخر باقيها، لا يمكن الإجبار على القسمة؛ لما فيها من الإضرار بأحد الشريكين، فإن تراضيا على القسمة فلا بأس؛ لأنّ المستضرّ قد رضي بضرر نفسه.

وينصّ المالكية على: أنّ من هذا الضرر المانع من قسمة الإجبار أن يبقىٰ النصيب صالحاً ←

إلى آخر هذا الفصل(١)، وكلّها واضحة.

← للسكنىٰ في المثال المتقدّم، ولكن لسكنىٰ غير صاحبه، فيضطرّ أن يؤجّره لغيره مثلاً، وأنّ نقص الثمن بلا خلاف عندهم أو نقص المنفعة عند ابن القاسم ليس من هذا الضرر.

وقد انفرد الشافعية بالنصّ الصريح على: أنّ الضرر إذاكان يمكن رفعه في يسر عن المستضرّ بتكميل النصيب من غير مال الشركة، فإنّه لا يعتدّ به؛ لأنّه في حكم العدم بتيسّر رفعه وإزالته، كما لو كان بجوار الدار المقسومة أرض موات يستطيع إحياء أو مملوكة له فعلاً أو يستطيع تملّكها، أمّا التي لا يجاورها إلا ما لا سبيل الحصول عليه ـ كوقف أو شارع أو ملك لمن لا ينزل عنه ـ فلا إجبار على قسمتها.

وللمالكية ما يفيد ذلك أيضاً.

الثاني: الضرر العامّ.

وعليه الحاكم الشهيد من الحنفية، وهذا عند بعض الشافعية.

فليس يمنع من الإجبار على القسمة ضرر بعض الشركاء دون بعض سواء أكان طالب القسمة هو المستضرّ أم غيره إيثاراً للتخلّص من مضار الشركة.

الثالث: الضرر الواصل إلى الطالب.

وعليه الشافعية، والقدّوري من الحنفية.

ففي مثال الدار لأحد الشريكين عشرها ولا يصلح للسكنىٰ منفرداً إن كان الطالب للقسمة هو الآخر الذي لا تبطل بالقسمة منفعة نصيبه المقصود من مال الشركة ـ ولو بضمّ شيء من خارج يملكه أو يستطيع أن يملكه على نحو ما ـ فحينئذٍ يجبر عليها، وإن كان الطالب هو المستضرّ فمتعنت مضيّع لماله لا يلتفت إليه ولا يجاب إلى سفهه.

الرابع: الضرر الواصل إلىٰ الممتنع.

وقد وجّهه الحنفية، ومال إليه ابن قدامة قياساً على ما لا ضرر فيه، لرضا الطالب بضرره، فيسقط اعتباره.

انظر: بدائع الصنائع ٩:١٤٨ ـ ١٥٢، بداية المجتهد ٢:٢٦٥ وما بعدها، المغني ١١:٤٩٣ وما بعدها، الإنصاف ١١:٣١١ وما بعدها، مغني المحتاج ٤:٤٢٠ ـ ٤٢١، تكملة البحر الرائق ٨:١٥١ وما بعدها.

(١) المواد إلى آخر هذا الفصل في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٢ ـ ١٣٣ كالآتي:

←

....

← (مادّة:١١٤٢) كما أنّه لا يجوز تقسيم أوارق الكتاب الواحد المشترك، كذلك لا يجوز تقسيم الكتاب المنقسم إلى مجلّدات عديدة جلداً فجلداً.

(مادّة:١١٤٣) إذا طلب أحد الشركاء قسمة الطريق المشتركة بين اثنين أو أكثر التي ليس لغيرهم حقّ الدخول إليها مطلقاً وامتنع الآخر ينظر، فإذا كان بعد القسمة يبقى لكلّ واحد طريق تقسّم، وإلاّ فلا يجبر على القسمة إلاّ إذا كان لكلّ واحد طريق ومنفذ على حدة، فإنّها ـ في ذلك الحال ـ تقسّم.

(مادّة:١١٤٤) المسيل المشترك أيضاً كالطريق المشترك.

فإذا طلب أحدهم القسمة وامتنع الآخر، فإن كان ـ بعد القسمة ـ يبقى لكلّ واحد منهم محلّ لإسالة مائه أو كان له محلّ آخر لاتّخاذه مسيلاً فيقسّم، وإلاّ فلا يقسّم.

(مادّة:١١٤٥) كما أنّه لا يجوز أن يبيع شخص طريقه الملك على أن يبقى له حقّ المرور فيها، يجوز أيضاً أن يقتسم اثنان عقارهما المشترك بينهما على أن تكون رقبة الطريق المشترك ـ يعني: ملكيته ـ لأحدهما، وأن يكون للثاني حقّ المرور فقط.

(مادّة:١١٤٦) كما يجوز ترك الحائط الواقع بين الحصّتين مشتركاً في تقسيم الدار بين الشريكين، تجوز أيضاً القسمة على جعله ملكاً لأحدهما.

قارن: بدائع الصنائع ٩:١٤٨ ـ ١٥١، تبيين الحقائق ٥:٢٦٨ و٢٦٩ و٢٧١، البناية في شرح الهداية ١٠:٥٠٤ ـ ٥١٥، تكملة شرح فتح القدير ٨:٣٦٠، تكملة البحر الرائق ٨:١٥١ ـ ١٥٢، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٥٤ و٢٦٠ و٢٦١، اللباب ٤:١٠٢.

الفصل الخامس

في بيان كيفية القسمة

(مادّة :١١٤٧) المال المشترك إن كان من المكيلات فبالكيل ، أو من الموزونات فبالوزن ... يصير تقسيمه ...[١] .

مواد هذا الفصل بأجمعها قد ظهرت من الفصول السابقة ، وإنّما ذكرتها (المجلّة) لمزيد البيان والتوضيح ، وما فيها مسلّم وصحيح ، سوى أنّ الأرض المشغولة بالأشجار والنخيل تلاحظ في مجموعها القيمة ، فإنّها من القيميات ، ولا تمسح الأرض مستقلّة وتذرع ويقوّم ما عليها من الأشجار ، بل يلحظ المجموع شيئاً واحداً .

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٣ وردت المادّة بصيغة :

(يقسم المكيل المشترك بالكيل إن كان من المكيلات ، وبالوزن إن كان من الموزونات ، وبالعدد إن كان من العدديات ، وبالذراع إن كان من الذرعيات) .

لاحظ : تبيين الحقائق ٥ :٢٦٤ ، الفتاوى الهندية ٥ :٢٠٤ .

الفصل السادس

في بيان الخيارات

من المعلوم أنّ القسمة ـ بعد وقوعها جامعة للشرائط المتقدّمة ـ تكون لازمة ليس لواحد منهم فسخها، إلّا أن يكون هناك سبب يستدعي جواز الفسخ.

وفي الحقيقة أنّ الخيار في القسمة ليس كالخيار في البيع.

يعني: أنّ لكلٍّ من المتبايعين فسخ البيع وإن كان قد وقع صحيحاً جامعاً للشرائط، والخيار في القسمة عبارة عن: ظهور خلل فيه يكشف عن وقوعها فاسدة، فإن تراضوا بها فمعناه إسقاط حقٍّ، وإلّا فلكلّ منهم طلب نقضها وإعادتها صحيحة.

ولذا فتسميتها خيار فيه نوع من التسامح.

ولا يجري فيها سوى الخيارات العامّة كخيار الغبن والرؤية والعيب ممّا يكون مدركه في الغالب وجوب دفع الضرر أو مظنّة الضرر، كالجهالة الناشئة من عدم الرؤية.

أمّا شرط الخيار فيها إلى أيام محدودة فلا يبعد صحّته بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»[1] إن قلنا بعموم الشرط ولم نقيّده بالعقود.

---

(١) راجع: سنن الدارقطني ٣:٢٧، السنن الكبرى للبيهقي ٧:٢٤٩، الوسائل الخيار ٦:٢، المهور ٢٠:٤ (١٨:١٦ و٢١:٢٧٦) مع اختلاف يسير.

وعليه فيصحّ شرط الخيار في المثليات وفي غيرها، كما يجري خيار الرؤية فيها.

فلا وجه لما في:

(مادّة:١١٥٥) خيار الشرط والرؤية لا يكون في قسمة المثليات المتّحدة الجنس...إلى آخرها[١].

لما عرفت من أنّ عدم رؤية الحنطة قبل القسمة توجب جهالة

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٤:

(لا يكون في قسمة المثليات المتّحدة الجنس خيار الشرط والرؤية، ولكن يكون فيها خيار العيب.

مثلاً: إذا قسّمت صبرة حنطة مشتركة بين اثنين على الخيار إلى كذا يوماً فلا يكون الشرط معتبراً، وإذا لم ير أحد الشريكين الحنطة فلا يكون مخيّراً عند رؤيتها.

أمّا إذا أعطى أحدهما من وجه الصبرة والآخر من أسفلها فظهر أسفلها معيباً فيكون صاحبه مخيّراً إن شاء قبل وإن شاء ردّ).

تدخل الخيارات القسمة بناءً على أنّها بيع، ولا تدخلها بناءً على أنّها تمييز حقوق.

هكذا نصّ الشافعية، والحنابلة، وهو المستفاد من كلام المالكية.

إلّا أنّ من الحنابلة من نفىٰ فيها خيار الشرط على أيّة حال، ومنهم من أثبت خيار المجلس والشرط على أيّة حال.

وعلّلوه: بأنّ الخيار لم يشرّع خاصّة بالبيع، بل للتروّي وتبيّن أيّ الأمرين أرشد، وهذا المعنى موجود في القسمة.

ورأي الحنفية مذكور في المادّة أعلاه.

انظر: المدوّنة الكبرى ٥:٤٩٢ ـ ٤٩٣، بدائع الصنائع ٩:١٦٥، بداية المجتهد ٢:٢٦٩ ـ ٢٧٠، البناية في شرح الهداية ١٠:٤٨١، الإنصاف ١١:٣٢٥، مغني المحتاج ٤:٤٢٤، الفتاوى الهندية ٥:٢١٧، تكملة البحر الرائق ٨:١٤٨، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٥٥.

المقسوم، والجهالة تبطل القسمة، كما عرفت[١]، لا فرق في ذلك بين المثلي وغيره، فكما لا يجوز بيع الحنطة المجهولة، كذلك لا يجوز قسمتها.

---

(١) عرفت ذلك في ص ٣٧٥ و ٣٧٦.

الفصل السابع

في بيان فسخ الإقالة

سبق قريباً أنّ القسمة إذا وقعت جامعة للشروط تكون لازمة ليس لأحد الشركاء نقضها[1].

ولكن إذا اتّفقوا على النقض كان لهم ذلك؛ لأنّها حقّ لهم. فقولهم:

(مادّة:١١٥٧) بعد تمام القسمة لا يسوغ الرجوع[2].

يعني: لأحدهم، لا لجميعهم.

وكذا في:

(مادّة:١١٥٨) في أثناء القسمة إذا خرجت قرعة الأكثر وبقي واحد فأراد أحد أصحاب الحصص الرجوع ينظر إن كانت قسمة رضا فله الرجوع، وإن كانت قسمة قضاءٍ فلا رجوع[3].

---

(١) سبق في ص ٣٩٠.

(٢) وردت المادّة باللفظ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٤:

(لا يسوغ الرجوع عن القسمة بعد تمامها).

قارن: بدائع الصنائع ٩:١٦٥، الفتاوى الهندية ٥:٢١٧، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٦٨ ـ ٢٦٩.

(٣) في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٤ وردت المادّة بصيغة:

(إذا جرى الاقتراع أثناء القسمة على أكثر الحصص ـ مثلاً ـ وبقيت واحدة منها وأراد أحد

←

فانّهم إذا اتّفقوا على الرجوع بعد القسمة أو في أثنائها كان لهم ذلك، كما صرّحت به:

(مادّة: ١١٥٩)[1].

أمّا إذا تبيّن الغبن الفاحش ـ كما في **(مادّة: ١١٦٠)**[2] ـ فكما لهم فسخها لهم إبقاؤها وتدارك ضرر المغبون، ولا يتعيّن الفسخ، كما يظهر من عبارة (المجلّة)، وكذا في قضية ظهور الدين، كما في:

(مادّة: ١١٦١)[3].

← الشركاء الرجوع ينظر، فإذا كانت قسمته رضا فله الرجوع، وإذا كانت قسمة قضاء فلا رجوع).

راجع حاشية ردّ المحتار ٦:٢٦٨.

(١) ونصّها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٤ ـ هو:

(لجميع الشركاء ـ بعد القسمة ـ فسخ القسمة وإقالتها برضاهم وجعل المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق).

انظر: تبيين الحقائق ٥:٢٧٤، البحر الرائق ٥:١٥٦، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٦٨.

(٢) ونصّها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٤ ـ هو:

(إذا تبيّن الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم ثانية قسمة عادلة).

لاحظ: تبيين الحقائق ٥:٢٧٣، البحر الرائق ٥:١٥٦، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٦٧.

(٣) ونصّها في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٤ ـ ١٣٥ هو:

(إذا ظهر دين على الميّت ـ بعد تقسيم التركة ـ تفسخ القسمة، إلاّ إذا أدّى الورثة الدين، أو أبرأهم الدائنون منه، أو كان للميّت مال آخر غير المقسوم وأوفى الدين منه فعند ذلك لا تفسخ القسمة).

قارن: بدائع الصنائع ٩:١٦٩، تبيين الحقائق ٥:٢٧٤، البحر الرائق ٥:١٥٦، حاشية ردّ المحتار ٦:٢٦٦ ـ ٢٦٧.

الفصل الثامن

في بيان أحكام القسمة

(مادّة:١١٦٢) كلّ واحد من أصحاب الحصص يملك حصّته مستقلاً بعد القسمة، لا علاقة لواحد في حصّة الآخر بعد، وكلّ واحد يتصرّف في حصّته كيف شاء على الوجه الآتي[1].

يعني: حيث لا يكون لأحدهما حقّ في حصّة الآخر من حقّ مرور أو أعلى وأسفل أو غير ذلك.

وهذا أمر طبيعي للقسمة، وذكره مزيد توضيح.

نعم، ما ذكره في: (**مادّة:١١٦٣**)[2] من دخول الأشجار في قسمة

---

(١) صيغة هذه المادّة كالآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٥:

(يملك كلّ واحد من أصحاب الحصص حصّته مستقلاً بعد القسمة، ولا يبقى علاقة لأحدهم في حصّة الآخر بعد، ويتصرّف كلّ واحد منهم في حصّته كيفما يشاء على الوجه الآتي بيانه في الباب الثالث.

فلذلك لو قسّمت دار مشتركة بين اثنين فأصاب حصّة أحدهما البناء وحصّة الآخر العرصة الخالية فلصاحب العرصة أن يحفر بئراً وأقنية وأن ينشئ أبنية فيها ويعلّيها إلى حيث شاء وليس لصاحب الأبنية منعه ولو سدّ عليه الهواء والشمس).

انظر: بدائع الصنائع ٩: ١٦٦، البحر الرائق ٧:٣٢، الفتاوى الهندية ٥:٢٠٣.

(٢) نصّها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٥ ـ هو:

←

الأراضي مع عدم ذكرها محلّ نظر أو منع، إلّا أن تكون هناك قرينة حال أو مقال على إرادة دخولها في الحصّة.

ولا فرق في هذا بين الأشجار وبين الزرع والفاكهة.

وكون هذه معرضاً للزوال والانتقال بخلاف الأشجار والآصال لا يجدي، إلّا إذا كان هذا المعنى ملحوظاً للمتقاسمين.

ومع الإطلاق وعدم الذكر وعدم القرينة المعيّنة الرافعة للخصومة تكون القسمة فاسدة.

فهذه المادّة والتي بعدها(١) غير سديدة.

وذكر التعبير العامّ حين القسمة لا يجدي، إلّا إذا رفع الإبهام.

ومنه يعلم حال حقّ الطريق والمسيل وسائر الجهات والمتعلّقات.

← (تدخل الأشجار من غير ذكر في قسمة الأراضي، وكذا الأشجار مع الأبنية في تقسيم المزرعة، يعني: في أيّ حصّة وجدت الأشجار والأبنية تكون لصاحب الحصّة، ولا حاجة لذكرها والتصريح عنها حين القسمة، أو إدخالها بتعبير عامٍّ، كالقول: بجميع مرافقها، أو: بجميع حقوقها).

راجع: بدائع الصنائع ٩:١٦٦، مغني المحتاج ٤:٤١٨، الفتاوى الهندية ٥:٢١٥.

(١) ونصّها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٥ ـ هو:

(لا يدخل الزرع والفاكهة في تقسيم الأراضي والمزرعة ما لم يذكر ويصرّح بذلك، ويبقيان مشتركين كما كانا، سواء ذكر تعبير عامّ حين القسمة ـ كقولهم: بجميع حقوقها ـ أو لم يذكر).

لاحظ الفتاوى الهندية ٥:٢١٥.

وبقيّة مواد هذا الفصل[١] صحيحة سالمة من الإشكال.

---

(١) وهي في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٥ ـ ١٣٦ كالآتي:

(مادّة: ١١٦٥) يدخل في القسمة حقّ الطريق والمسيل في الأرض المجاورة للمقسوم في كلّ حال، يعني: في أيّ حصّة وقع يكون من حقوق صاحبها، سواء قيل ـ حين القسمة ـ: بجميع حقوقها، أو لم يقل.

(مادّة: ١١٦٦) إذا شرط حين القسمة أن تكون طريق حصّة أو مسيلها في حصّة أُخرى فيعتبر ذلك الشرط.

(مادّة: ١١٦٧) إذا كان لحصّة طريق في حصّة أُخرى ولم يشترط بقاؤه حين القسمة فإذا كان ممكناً صرفه وتحويله فيصرف ويحوّل، سواء قيل ـ حين القسمة ـ بجميع حقوقها، أو لم يقل.

أمّا إذا كان الطريق غير قابل للصرف والتحويل إلى طرف آخر فينظر، فإن قيل ـ حين القسمة: ـ بجميع حقوقها، تدخل الطريق، وإن لم يذكر التعبير العامّ ـ كقولهم: بجميع حقوقها ـ تنفسخ القسمة.

والمسيل في هذا الخصوص أيضاً كالطريق عينها.

(مادّة: ١١٦٨) إذا كان لأحد طريق في دار مشتركة بين اثنين وأراد صاحبا الدار تقسيمها فليس لصاحب الطريق منعهما، لكنّهما يتركان طريقه ـ حين القسمة ـ على حاله.

وإذا باع الثلاثة بالاتّفاق الدار مع الطريق فإذا كانت الطريق مشتركة بين ثلاثتهم فيقسم الثمن بين الثلاثة، وإذا كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار ولذلك الآخر حقّ المرور فقط فكلّ واحد يأخذ حقّه، وذلك أن تقوّم العرصة مع حقّ المرور مرّة، وتقوّم ثانية خالية عن حقّ المرور، والفضل بين القيمتين يكون لصاحب حقّ المرور وباقيها لصاحبي الدار والمسيل أيضاً كالطريق.

يعني: إذا كان لواحد حقّ مسيل في دار مشتركة فعلى صاحبي الدار ـ حين تقسيمها ـ ترك المسيل على حاله.

(مادّة: ١١٦٩) إذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب المنزل يمرّ من تلك الساحة وأراد أصحاب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم، لكن يتركون ـ حين القسمة ـ له طريقاً بقدر عرض باب المنزل.

←

الفصل التاسع

في بيان المهايأة

(مادّة :١١٧٤) المهايأة عبارة عن : قسمة المنافع[١] .

حقيقة المهايأة : اتّفاق الشريكين أو الشركاء على توزيع المنفعة بينهم

← (مادّة : ١١٧٠) دار قسّمت بين اثنين وبين المقسمين حائط ، فإذا كانت رؤوس جذوع أحد المقسمين الواقعة على حائط الآخر واقعة رؤوسها الأُخرى على ذلك الحائط المشترك فترفع تلك الجذوع إن شرط ـ حين القسمة ـ رفعها ، وإلّا فلا ترفع .

وكذلك إذا قسم على صورة أن يكون الحائط الواقع بين مقسمين ملكاً لصاحب حصّة والجذوع الموضوعة رؤوسها على ذلك الحائط ملكاً لصاحب حصّة أُخرى محكمه على هذا الوجه .

(مادّة :١١٧١) أغصان الأشجار الواقعة في قسم إذا كانت مدلاّة على القسم الآخر فإذا لم يكن شرط قطعها ـ حين القسمة ـ فلا تقطع .

(مادّة :١١٧٢) إذا قسّمت دار مشتركة لها حقّ المرور في طريق خاصّ فلكلّ واحد من أصحاب الحصص أن يفتح باباً ونافذة على ذلك الطريق ، وليس لأحد من أصحاب الطريق منعهم .

(مادّة :١١٧٣) إذا بنىٰ أحد الشركاء في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ثمّ طلب الآخرون القسمة تقسّم ، فإن أصاب ذلك البناء حصّة بانيه فيها ، وإن أصاب حصّة الآخر فله أن يكلّف بانيه هدمه ورفعه .

لاحظ الفتاوى الهندية ٥ :٢١٥ ـ ٢١٦ .

(١) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٦ .

انظر : بدائع الصنائع ٩ :١٧١ ، تبيين الحقائق ٥ :٢٧٥ ، البحر الرائق ٥ :١٥٧ ، الفتاوى الهندية ٥ :٢٢٩ .

على حسب حصصهم في العين.

وهي معاملة جائزة لكلّ واحد فسخها متى شاء، وليست هي قسمة حقيقية، فإنّها لا تصحّ إلّا في العين، لا في الدين ولا في المنافع.

وحيث إنّها اتّفاق وتراض فتصحّ في المثليات، كبعض الثياب والأفرشة ممّا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وفي القيميات كالدور والدوابّ ونحوها.

فلا وجه لما في:

(مادّة:١١٧٥) المهايأة لا تجري في المثليات، بل في القيميات، ليكون الانتفاع بها ممكناً حال بقاء عينها[١].

(مادّة:١١٧٦) المهايأة نوعان... إلى آخره[٢].

---

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٦ بتقديم: (لا تجري) على: (المهايأة)، وزيادة: (تجري) بعد: (بل)، وورد: (حتّىٰ يمكن الانتفاع بها) بدل: (ليكون الانتفاع بها ممكناً).

راجع: بدائع الصنائع ٩:١٧٣، تبيين الحقائق ٥:٢٧٦.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٦ ـ ١٣٧:

(المهايأة نوعان:

النوع الأوّل: المهايأة زماناً. كما لو تهايأ اثنان على أن يوزّع أحدهما الأرض المشتركة سنة والآخر سنة أُخرى، أو على سكنىٰ أحد صاحبي الدار المشتركة الدار المذكورة مناوبة سنة لكلّ واحد منهما.

النوع الثاني: المهايأة مكاناً. كما لو تهايأ اثنان في الأراضي المشتركة على أن يزرع أحدهما نصفها والآخر نصفها الآخر، أو الدار المشتركة على أن يسكن أحدهما في قسم

←

يظهر منها أنّ المهايأة في المكان في قبال المهايأة في الزمان مع أنّ المهايأة في المكان يلزم ضبطها بالزمان رفعاً للجهالة، ولكن بناءً على ما ذكرنا من أنّها معاملة جائزة لكلٍّ منهم فسخها متى شاء، فالجهالة زماناً لا تضرّ.

فلو قال أحدهما للآخر: اسكن هذه الدار مدّة وأنا أسكن في تلك مدّة، جاز وإن لم يعيّنا المدّة.

نعم، تعيين الموضوع من دار أو دابّة أو غيرها لا بدّ منه طبعاً.

ومنه يظهر ما في هذه المواد من خلل، أعني: (**مادّة:١١٧٨**) و(**مادّة:١١٧٩**)[1] فإنّ المهايأة بقسميها لا يلزم فيها تعيين الزمان.

← **منها والآخر في القسم الآخر، أو أن يسكن أحدهما على أن يسكن أحدهما في الطابق العلوي والآخر في السفلي، أو في الدارين المشتركتين على أن يسكن أحدهما في واحدة منها والآخر في الأخرى).**

قارن: بدائع الصنائع ٩:١٧٢ ـ ١٧٣، البحر الرائق ٥:١٥٧، الفتاوى الهندية ٥:٢٢٩.

(١) وردت المادّتان بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٧:

(مادّة:١١٧٨) **المهايأة زماناً نوع من المبادلة، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصّة الآخر في نوبته.**

وعليه فالمهايأة زماناً في حكم الإجارة.

بناءً على ذلك يلزم ذكر المدّة وتعيينها في المهايأة زماناً كذا يوماً أو كذا شهراً.

(مادّة:١١٧٩) **المهايأة مكاناً نوع من الإفراز، وذلك أنّ منفعة الشريكين في الدار المشتركة ـ مثلاً ـ شائعة، أي: شاملة لكلّ جزء من تلك الدار، فبالمهايأة تجمع منفعة أحدهما في قطعة من الدار ومنفعة الآخر في القطعة الأُخرى.**

فلذلك لا يلزم في المهايأة مكاناً ذكر وتعيين المدّة.

انظر: بدائع الصنائع ٩:١٧٤، تبيين الحقائق ٥:٢٧٦، البحر الرائق ٥:١٥٧، الفتاوى الهندية ٥:٢٢٩.

نعم، لا بدّ من تعيين المكان.

أمّا البدء فلو تشاحا فيه استخرجاه بالقرعة، وكذا لو تشاحا في المكان، كما لو أراد كلّ منهما الدار المخصوصة أو الغرفة المعيّنة.

ولكن الأصحّ أنّ المهايأة لا تأتي مع التشاح أصلاً، بل قوامها وملاكها الاتّفاق والتراضي، فإذا تشاحا في جهة من جهاتها وشأن من شؤونها امتنعت.

وليس للحاكم أن يجبر عليها، ولا معنى أصلاً للجبر على المهايأة، ولا دليل عليه، وإنّما يصحّ الجبر على قسمة العين فقط عند التشاح وفي ظروف مخصوصة.

وبهذا ظهر المنع والخدشة في:

(مادّة: ١١٨١)[1].

---

(١) نصّ هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٧ ـ هو:
(إذا طلب أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعدّدة المهايأة وامتنع الآخر، فإن كانت الأعيان المشتركة متّفقة المنفعة فيجبر على المهايأة، وإن كانت مختلفة المنفعة فلا يجبر عليها.
مثلاً: داران مشتركتان طلب أحد الشريكين المهايأة على أن يسكن أحدهم وأن يسكن الآخر الأُخرى، أو حيوانان على أن يستعمل أحدهما واحداً والآخر آخر وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة.
أمّا لو طلب أحدهما المهايأة على سكنىٰ الدار وللآخر إيجار الحمّام أو على سكنىٰ أحدهما في الدار وزراعة الآخر الأراضي فالمهايأة بالتراضي وإن تكن جائزة، إلّا أنّه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها).
راجع: بدائع الصنائع ٩:١٧٤، تبيين الحقائق ٥:٢٧٦.

ولا فرق في ذلك بين متّفقة المنفعة ومختلفتها، فتدبّره.

ومن هنا يظهر الوهن في: (مادّة: ١١٨٢)[١] أيضاً، فإنّ الحقّ أنّ أحدهما إذا امتنع عن المهايأة وطلبها الآخر لا يجبر عليها الممتنع؛ لأنّها قائمة بالرضا والاتّفاق.

نعم، يجبر على القسمة إذا كان المحلّ قابلاً. أمّا في المحلّ غير القابل مع التشاح فيجبرهما الحاكم إمّا على المبايعة أو البيع على ثالث، ولا حقّ له في جبرهما على المهايأة.

فلا وجه لما في:

(مادّة: ١١٨٣) إذا طلب المهايأة أحد الشريكين فيما لا يقبل القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة[٢].

ولو كانت المهايأة لازمة ويصحّ الجبر عليها من الحاكم لم يكن وجه لما في:

---

(١) ونصّها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٧ ـ هو:

(إذا طلب القسمة أحد أصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهايأة تقبل دعوى القسمة.

وإذا طلب أحدهما المهايأة دون أن يطلب أيّ واحد منهما القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة).

لاحظ: بدائع الصنائع ٩:١٧٤، تبيين الحقائق ٥:٢٧٦، الفتاوى الهندية ٥:٢٢٩.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٧ ورد: (أحد الشريكين المهايأة في العين المشتركة التي لا تقبل) بدل: (المهايأة أحد الشريكين فيما لا يقبل).

انظر تبيين الحقائق ٥:٢٧٦.

(مادّة:١١٨٤) كلّ ما ينتفع العامّة بأُجرته من العقارات المشتركة كالسفينة والطاحون...

إلى قولها:

لكن إذا زادت غلّتها ـ أي: أُجرتها ـ في نوبة أحدهم تقسم تلك الزيادة بين أصحاب الحصص[1].

فإنّ زيادة المنفعة حينئذٍ تكون من نصيبه قضاءً للزوم المهايأة، فرجوعها إلى أصحاب الحصص دليل على أنّ الشركة حتّى في المنافع باقية على حالها، وليس إلّا الإباحة.

أمّا: (**مادّة:١١٨٥**)[2] من جواز أن يؤجّرها لغيره فالأصحّ أنّه إنّما يصحّ إيجارها إذا رضي الشركاء بذلك، وإلّا فهو ممنوع، ولا يجوز له ذلك.

(مادّة:١١٨٦) بعد أن حصلت المهايأة على استيفاء المنافع

---

(١) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٨:

(تؤجّر العقارات المشتركة التي ينتفع الناس بأُجرتها، كالسفينة والطاحون والمقهى والخان لأربابها، وتقسّم أُجرتها بين أصحاب الحصص على قدر حصصهم.

وإذا امتنع أحد الشركاء عن الإيجار فيجبر على المهايأة.

لكن إذا زادت غلّتها ـ أي: أُجرتها ـ في نوبة أحدهم فتقسم بين الشركاء).

راجع بدائع الصنائع ٩: ١٧٤.

(٢) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٨:

(كما يجوز لكلّ واحد من أرباب الحصص بعد المهايأة زماناً أو مكاناً أن يستعمل العقار المشترك في نوبته أو المقسم الذي أصاب حصّته يجوز له أن يؤجّر ذلك إلى آخر ويأخذ الأُجرة بنفسه).

قارن بدائع الصنائع ٩: ١٧٤.

بدءً... إلى آخرها[١].

حاصل هذه المادّة المستطيلة أنّ المهايأة إذا حصلت على استيفاء المنافع وكانت غلّة أحد الشركاء في نوبته أكثر فليس للباقين مشاركته بالزيادة.

أمّا إذا كانت على الاستغلال من أوّل الأمر وكانت غلّة إحدى الدارين ـ مثلاً ـ أكثر لم يشاركه الآخر في الزيادة.

والظاهر أنّ هذا الحكم تحكّم صرف، ولا يكاد يظهر وجه صحيح للفرق بين الصورتين.

والحقّ: المشاركة فيهما مع الإطلاق. أمّا مع الشرط فهو المتّبع إن قلنا بلزوم مثل هذه الشروط الابتدائية، أي: التي لا تقع ضمن العقود اللازمة.

نعم، للشركاء أن يسقطوا حقّهم من الزيادة.

وهذا أمر آخر لا دخل له بالمهايأة، فتدبّره جيّداً.

(مادّة:١١٨٧) لا تجوز المهايأة على الأعيان.

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٨:

(إذا أجّر أحد أصحاب الحصص نوبته بعد أن حصلت المهايأة ابتداءً على استيفاء المنافع وكانت محلّة أحدهم في نوبته أكثر فليس لبقيّة الشركاء مشاركته في الزيادة.

أمّا إذا أُجريت المهايأة ابتداءً على استغلال ـ مثلاً ـ على أن يأخذ أحدهما أجرة الدار المشتركة شهراً والآخر شهراً فتكون الزيادة مشتركة.

أمّا إذا حصلت المهايأة على أن يأخذ أحدهما غلّة إحدى الدارين المشتركتين وأن يأخذ الآخر غلّة الدار الأُخرى وكانت غلّة إحدى الدارين أكثر فلا يشاركه الشريك الآخر).

لاحظ: بدائع الصنائع ٩:١٧٤ ـ ١٧٥، تبيين الحقائق ٥:٢٧٧، الفتاوى الهندية ٥:٢٣٠.

فلا تصحّ المهايأة على ثمرة الأشجار المشتركة، ولا على لبن الحيوانات وصوفها... الخ[١].

بعدما عرفت أنّ حقيقة المهايأة الاتّفاق والرضا من الشركاء على توزيع المنافع وإباحة كلّ منهم للآخر منفعة حصّته على التبادل[٢]، يتّضح لك أنّه لا مانع من المهايأة في الأمثلة المذكورة أجمع.

وهي وإن كانت أعياناً، ولكنّها في نظر العرف منافع، فإنّ منفعة الشجرة ثمرتها ومنفعة الشاة صوفها ولبنها وحليبها وهكذا.

ولذا جازت إجارة الشاة والشجرة باعتبار تلك المنافع، وكذا تجوز العارية فيها مع أنّ الإجارة والعارية لا يتعلّقان بالأعيان إلّا باعتبار منافعها، كما مرّ موضّحاً في كتاب الإجارة والعارية.

إذاً لا مانع من المهايأة في الشجرة المشتركة بأن يكون سنة لهذا وسنة للآخر، وهكذا الزرع والبقرة والشاة.

غايته أنّها لو لم تثمر في السنة الثانية يرجع على الشريك فيما استوفاه؛ لما عرفت من أنّها جائزة وإباحة مقيّدة بإباحة ما يقابلها من المنفعة، فهي تشبه المعاوضة، بل هي في الحقيقة معاوضة ارتكازية، فإذا لم يسلّم

---

(١) تكملة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٨:

(على أن يكون لأحد الشريكين ثمرة مقدار من هذه الأشجار وللآخر ثمرة مقدار منها، أو على لبن قطيع من الغنم المشترك وصوفه لواحد ولبن قطيع لآخر وصوفه للآخر؛ لأنّهما من الأعيان).

راجع: بدائع الصنائع ٩:١٧٣، الفتاوى الهندية ٥:٢٣٠، اللباب ٤:١٠٧.

(٢) عرفت ذلك في ص٣٩٨ ـ ٣٩٩.

العوض لأحدهما عادت الشركة إلى حالها، ولم يكن هناك تمليك حتّى يقال: إنّه قد ملّكه حصّته من المنفعة، فلا وجه للرجوع عليه، بل هي إباحة بإباحة، ولكنّها مقيّدة مشروطة ضمناً، فتدبّره جيّداً، فإنّه ثمين.

(مادّة:١١٨٨) وإن جاز فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي لأحد الشريكين، لكن إذا آجر أحدهما في نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأة ما لم تنقض مدّة التواجر(١).

عرفت أنّ الشريك ليس له الإجارة في المهايأة المطلقة، بل هي منصرفة إلى الانتفاع مباشرة(٢).

نعم، لو أجاز له صريحاً أن يؤجّر صحّ، والفرض أنّ المهايأة معاملة جائزة، فهل له ـ بعد الإجارة ـ أن يرجع جرياً على حكم المهايأة، أم ليس له ذلك؛ لأنّ الإجارة عقد لازم وقد وقعت بإذنه؟ وجهان.

وأوجه منهما الجمع بين الأمرين، فيقال: إنّ له فسخ المهايأة، وتبقى الإجارة للأجنبي على حالها؛ لأنّها وقعت برضا الشريكين، وتكون الأُجرة في المدّة الباقية لهما معاً.

(مادّة:١١٨٩) وإن لم يجز لواحد من الشركاء أن يفسخ المهايأة

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٨ وردت المادّة بتقديم: (لأحد الشريكين) على عبارة: (فسخ المهايأة...)، وبعد: (بالتراضي) جاء تعبير: (بين الشريكين بعد عقدها)، وورد: (الإجارة) بدل: (التواجر).

لاحظ الفتاوى الهندية ٥:٢٢٩.

(٢) عرفت ذلك في ص٤٠٣.

الجارية بحكم الحاكم فلكلّهم فسخها بالتراضي[١].

عرفت أنّ المهايأة لا مجال لدخول الحاكم وحكمه فيها، ولكلّ واحد منهم فسخها متى شاء فضلاً عن اتّفاقهم.

ومنه يعلم الخلل في: (**مادّة: ١١٩٠**)[٢] و: (**مادّة: ١١٩١**)[٣]، فإنّ لكلّ واحد من الشركاء فسخ المهايأة سواء أراد بيع حصته، أو أراد أن يعيد المال المشترك إلى حاله القديم بلا سبب، والحاكم معزول هنا بتاتاً.

كما أنّها بموت أحد الشركاء تبطل قطعاً.

والقصارى: أنّ أصحاب (المجلّة) يرون أنّ المهايأة كالقسمة لازمة أو كعقد لازم، كما يشعر به تعريفهم لها بأنّها: قسمة المنافع، ولكنّها دعوى لا تستند على دليل، وليست هي من القسمة في شيء وإن أشبهتها في بعض الشيء، فخذها حقيقة ناصعة ولا تتوّهم كما توّهموا، ولله المنّة ومنه التوفيق.

---

(١) ورد: (لواحد فقط من أرباب الحصص) بدل: (لواحد من الشركاء) في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٨.
قارن الفتاوى الهندية ٥: ٢٢٩.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٨:
(إذا أراد أحد أصحاب الحصص أن يبيع حصّته أو يقسمها فله فسخ المهايأة.
أمّا لو أراد فسخها بلا سبب ـ ليعيد المال المشترك إلى حاله القديم ـ فلا يقرّه القاضي على ذلك).
انظر الفتاوى الهندية ٥: ٢٣٠.

(٣) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٨:
(لا تبطل المهايأة بموت أحد أصحاب الحصص أو بموتهم جميعاً).
راجع: بدائع الصنائع ٩: ١٧٤، تبيين الحقائق ٥: ٢٧٦، الفتاوى الهندية ٥: ٢٢٩، اللباب ٤: ١٠٦.



في بيان المسائل المتعلّقة بالحيطان والجيران

ويشتمل على أربعة فصول

الفصل الأوّل

في بيان بعض قواعد في أحكام الأملاك

(مادّة :١١٩٢) كلّ واحد يتصرّف في ملكه كيف شاء . لكن إذا تعلّق به حقّ الغير يمنع المالك من تصرّفه على وجه الاستقلال . . .

إلى قولها :

فليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضرّاً ، إلّا بإذن الآخر ، ولا أن يهدمه بنفسه[١] .

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٩ بالشكل التالي :

(كلّ يتصرّف في ملكه كيفما يشاء . لكن إذا تعلّق حقّ الغير به فيمنع المالك من تصرّفه على وجه الاستقلال .

مثلاً : الأبنية التي فوقانيها ملك لأحد وتحتانيها لآخر فبما أنّ لصاحب الفوقاني حقّ القرار في التحتاني ولصاحب التحتاني حقّ السقف في الفوقاني ـ أي : حقّ التستر والتحفّظ من الشمس والمطر ـ فليس لأحدهما أن يعمل عملاً مضراً بالآخر بدون إذنه ، ولا أن يهدم بناء نفسه) .

قد اختلف فقهاء العامّة في تقييد الملك لتجنّب الإضرار بالجار .

فذهب المالكية ، والحنابلة ، والحنفية ـ في ما عليه الفتوى عندهم ـ إلى : أنّ المالك لا يمنع من التصرّف في ملكه ، إلّا إذا نتج عنه إضرار بالجار ، فإنّه يمنع عندئذٍ مع الضمان لما قد ينتج من الضرر .

وقيّد الحنفية ، والمالكية الضرر عندهم بأن يكون بيّناً ، وحدّه عندهم أنّه كلّ ما يمنع

←

كلّ ما في هذه المادّة صحيح.

وإذا انهدم الفوقاني يشتركان في عمارته؛ لأنّ منفعته تعود لهما، وإذا عمّراه يكون ملكاً لهما.

(مادّة: ١١٩٣)[1] واضحة، وقد تقدّم حاصلها في مباحث الشركة.

(مادّة: ١١٩٤) كل من ملك محلاً صار مالكاً ما فوقه وما تحته

← الحوائج الأصلية، يعني: المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضرّ بالبناء، أي: يجلب له وهناً ويكون سبباً لانهدامه.

وذهب الشافعية إلى: أنّ كلّ واحد من الملاّك له أن يتصرّف في ملكه على العادة في التصرّف وإن تضرّر به جاره أو أدّى إلى إتلاف ماله، كمن حفر بئر ماء أو حشّ فاختلّ به جدار جاره أو تغيّر بما في الحشّ ماء بئره؛ لأنّ في منع المالك من التصرّف في ملكه ممّا يضرر جاره ضرراً لا جابر له، فإن تعدّى ـ بأن جاوز العادة في التصرّف ـ ضمن ما تعدّى فيه لافتياته.

والأصحّ: أنّه يجوز للشخص أن يتّخذ داره المحفوفة بمساكن حمّاماً وطاحونة ومدبغة وإصطبلاً وفرناً، وحانوته في البزّازين حانوت حدّاد وقصّار ونحو ذلك كأن يجعله مدبغة، إذا احتاط وأحكم الجدران إحكاماً يليق بما يقصده؛ لأنّه يتصرّف في خالص ملكه وفي منعه إضرار به.

والآخر: المنع؛ للإضرار به.

لاحظ: مغني المحتاج ٢: ٣٦٤، كشّاف القناع ٣: ٤٠٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٣٦٩ وما بعدها، حاشية ردّ المحتار ٥: ٤٤٣.

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٩:

(إذا كان باب الفوقاني والتحتاني من الشارع واحداً فصاحبا المحلّين يستعملان ذلك الباب مشتركاً، ولا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الدخول والخروج).

قارن: البحر الرائق ٥: ١٦٧، حاشية ردّ المحتار ٥: ٤٤٣.

أيضاً... إلى آخرها[١].

يعني: أنّ من يملك عقاراً بوجه مطلق يكون له من تخوم الأرض إلى عنان السماء، وله أن يتصرّف في أعلاه وأسفله كيف شاء من حفر بئر في باطن الأرض أو بناء منارة إلى السماء.

نعم، لا يجوز أن يمتدّ تصرّفه إلى فضاء جاره، كما في:

(مادّة: ١١٩٥) من أحدث في داره بيتاً فليس له أن يبرز رفرفه على هواء دار جاره[٢].

(مادّة: ١١٩٦) من امتدّت أغصان شجر بستانه إلى دار جاره فللجار أن يكلّفه بتفريغ هوائه بالربط أو القطع.

لكن إذا ادّعى الجار أنّ ظلّ الشجرة مضرٌّ بمزروعات بستانه لا

---

(١) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٩:

(كلّ من ملك محلاً يملك ما فوقه وما تحته أيضاً.

يعني: من يملك عرصة يقتدر على أن يتصرّف فيها بإنشاء الأبنية التي يريدها، وأن يعلّيها بقدر ما يريد، وأن يحفر أرضها ويبني مخزناً، وأن يحفر بئراً عميقة كما يشاء).

راجع: الفتاوى الخانية ٣:١٠٣، الفتاوى البزّازية ٣:٤١٦ ـ ٤١٧.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٩:

(ليس لأحد أن يبرز رفراف غرفته التي أحدثها في داره على دار جاره، فإن أبرزه يقطع القدر الذي جاء على تلك الدار).

والرف: شبه الطاق، والجمع رفوف. (الصحاح ٤:١٣٦٦).

والرفرف: ما يجعل في أطراف البيت من الخارج يوقّىٰ به من حرّ الشمس. (المعجم الوسيط ١:٣٥٩).

وبالنسبة للمادّة المزبورة انظر: الفتاوى الخانية ٣:١٠٣، الفتاوى الهندية ٤:٩٩.

تقطع الشجرة[١].

إن كان المراد أنّ الجار الذي امتدّت أغصان الشجرة إلى بستانه يدّعي أنّ ظلّها مضرٌّ بمزروعاته وأثبت ذلك فالقطع هنا أولى من الصورة الأُولى التي أوجبت (المجلّة) الربط أو القطع فيها، كما هو واضح.

وإن كان المراد أنّ صاحب الشجرة الممتدّة إلى الجار يدّعي أنّ قطعها يضرّ بمزروعاته فالحكم بأنّها لا تقطع لا وجه له؛ لأنّ دفع ضرره لا يسوغ له التصرّف في ملك الغير بغير حقٍّ.

فهذا الحكم جزافي على كلا التقديرين.

---

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٩:

(إذا امتدّت أغصان شجر بستان أحد إلى دار جاره أو بستانه فللجار أن يكلّفه تفريغ هوائه بربط الأغصان وجرّها إلى الوراء أو قطعها.

ولكن لا تقطع الشجرة بداعي أن ظلّها مضرٌّ بمزروعات بستان الجار).

لاحظ الفتاوى الخانية ٣: ١٠١ و١٠٣.

الفصل الثاني

في بيان حقّ المعاملات الجوارية

(مادّة : ١١٩٨) كلّ أحد له حقّ التعلّي على حائط ملكه وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه[1].

الضابطة العامّة في تصرّف الإنسان بملكه: أنّ كلّ أحد له أن يتصرّف كيف شاء بملكه بشرطين:

أن لا يكون ملكه متعلّق حقٍّ للغير، وأن لا يكون موجباً لضرر الغير.

وعدا ذلك فجميع تصرّفاته مباحة له.

وتقييد الضرر بالفاحش لا وجه له، بل قاعدة نفي الضرر الحاكمة على قاعدة السلطنة تقتضي منع كلّ ضرر وإضرار بالغير. غايته أنّ بعض أفراد الضرر ـ لقلته وحقارته ـ لا يعتدّ به عند العرف ويعدّ كلا ضرر.

وتشخيص مصاديق الضرر وتمييز المعتدّ به من غيره والفاحش من غيره موكول إلى العرف وأهل الخبرة، ولكلّ حادثة حكمها، ولكلّ بلد

---

(١) صيغة هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٩ ـ كالآتي:

(لكلّ أحد التعلّي على حائطه الملك بقدر ما يريد ، وأن يعمل أيّ شيء أراده ، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرر فاحش) .

قارن الفتاوى البزّازية ٣: ٤١٨ و ٤٢٤.

تقاليدها ولكل زمان أطواره.

وليس لذلك قاعدة كلّية مطّردة، بل يختلف الضرر باختلاف المكان والزمان والأشخاص والبلدان.

وما ذكرته (المجلّة) في: (**مادّة: ١٢٠٠**)[1] من أمثلة الضرر الذي يجب رفعه مبني على الغالب، وإلّا فقد لا يعدّ في بعض القرى أو البلدان مثل تلك الأمور ضرراً.

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٣٩ ـ ١٤٠:

(يدفع الضرر الفاحش بأيّ وجه كان.

مثلاً: لو اتّخذ في اتّصال دار دكّان حدّاد أو طاحون، وكان يحصل من طرق الحديد ودور الطاحون وهن لبناء تلك الدار، أو أحدث فرن أو معصرة بحيث لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذّيه من الدخّان أو الرائحة الكريهة، فهذا كلّه ضرر فاحش، فتدفع هذه الأضرار بأيّ وجه كان وتزال.

وكذا لو كان لرجل عرصة متّصلة بدار آخر وشقّ فيها قناة وأجرى الماء منها لطاحونه، فحصل وهن لحائط الدار، أو اتّخذ أحد في أساس جدار جاره مزبلة وألقىٰ القمامة عليها، فأضرّ بالجدار، فلصاحب الجدار طلب دفع الضرر.

وكذلك لو أحدث أحد بيدراً في قرب دار آخر، وتأذّى صاحب الدار من غبار البيدر بحيث أصبح لا يستطيع السكنىٰ في الدار، فيدفع ضرره.

كما أنّه لو أحدث أحد بناءً مرتفعاً في قرب بيدر آخر، وسدّ مهبّ الريح، فيزال؛ لأنّه ضرر فاحش.

كذلك لو أحدث مطبخاً في سوق البزّازين، وكان دكّان المطبخ يصيب أقمشة جاره ويضرّها، فيدفع الضرر.

وكذلك لو انشقّ بالوع دار أحد، وجرى إلى دار جاره، وكان في ذلك ضرر فاحش، فيجب تعمير البالوع المذكور وإصلاحه بناءً على دعوى الجار).

انظر الفتاوى البزّازية ٣:٤١٤ و٤١٨ وما بعدها.

كما أنّ ما ذكر في: (**مادّة: ١٢٠١**)[١] من: أنّ منع دخـول الشـمس وسدّ الهواء ليس ضرراً وليس فاحشاً غير مطّرد، بل الغالب أنّه ضرر فاحش بل أفحش؛ لأنّ سدّ الهواء ومنع الشمس يوجب الأمراض المهلكة والحياة التعيسة كسدّ الضياء.

وما ذكروه في:

(مادّة: ١٢٠٢) رؤية المحلّ الذي هو مقرّ النساء ـ كـصحن الدار والمطبخ والبئر ـ يعدّ ضرراً فاحشاً... إلى آخره[٢].

---

(١) وردت المادّة بالنصّ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٠:

(منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية ـ كسدّ هواء دار أو نظارتها أو منع دخول الشمس ـ ليس بضرر فاحش. لكن سدّ الهواء بالكلّية ضرر فاحش.

فلذلك إذا أحدث أحد بناءً فسدّ به نافذة غرفة جاره التي لها نافذة واحدة، فصارت مظلمة بحيث لا يستطاع قراءة الكتابة من الظلمة، فيدفع؛ حيث إنّه ضرر فاحش.

ولا يقال: فليأخذ الضياء من بابها؛ لأنّ باب الغرفة يحتاج إلى غلقه من البرد ولغيره من الأسباب.

وإن كان لتلك الغرفة نافذتان، فسدّت إحداهـما بـإحداث ذلك البـناء، فـلا يـعدّ ضـرراً فاحشاً).

راجع: الفتاوى الخانية ٣: ٤٣٣، الفتاوى البزّازية ٣: ٤١٨ و٤١٩.

(٢) تكملة هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٠ ـ كالآتي:

(فإذا أحدث في باب داره نافذة، أو بنىٰ مجدّداً بناءً وفتح فيه نافذة على المحلّ الذي هو مقرّ نساء جاره الملاصق أو جاره المقابل الذي يفصل بينهما طريق، وكان يرى مقرّ نساء الآخر منه، فيؤمر برفع الضرر، ويكون مجبوراً على دفع هذا الضرر بصورة تمنع وقـوع النظر إمّا ببناء حائط أو وضع ستار من الخشب.

لكن لا يجبر على سدّ النافذة على كلّ حال، كما إذا عمل حائطاً من الأغصان التي يرى من بينها مقرّ نساء جاره، فيؤمر بسدّ محلّات النظر، ولا يجبر على هدمه وبناء حائط محلّه.

انظر مادّة: ٢٢٢).

لاحظ: الفتاوى الخانية ٣: ٤٣٣، الفتاوى البزّازية ٦: ٤١٤، منحة الخالق ٧: ٣٣.

لا يعدّ ضرراً فضلاً عن كونه فاحشاً عند كثير من الأُمم التي لا تعرف الحجاب، ولا تلتزم ببعض التقاليد والآداب ولا تتحاشى من تطلع جارها على دارها، وهكذا.

والغرض أنّ (المجلّة) نظرت إلى حال الشرقيين، بل إلى حال البعض منهم وتقاليدهم وعاداتهم، وإلّا فالقضية غير كلّية وإناطتها بنظر الحاكم وأهل الخبرة في كلّ بلد أو قرية حسب أوضاعهم وخلائقهم وأخلاقهم أصحّ وأوضح.

أمّا: (**مادّة: ١٢٠٧**) وما بعدها إلى: (**مادّة: ١٢١٠**)[1] فجميعها يبتني

---

(١) صيغ هذه المواد كالآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٤١ ـ ١٤٢:

(مادّة: ١٢٠٧) إذا كان أحد يتصرّف في ملكه تصرّفاً مشروعاً فجاء آخر وأحدث في جانبه بناءً وتضرّر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه.

مثلاً: إذا كان لدار قديمة نافذة مشرفة على مقرّ نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع بنفسه مضرّته، وليس له أن يدّعي على صاحب الدار القديمة.

كما أنّه لو أحدث أحد داراً في عرصته المتّصلة بدكّان حدّاد فليس له أن يطلب تعطيل دكّان الحدّاد بداعي أنّه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد.

وكذا إذا أحدث أحد داراً بالقرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بداعي أنّ غبار البيدر يصيب داره.

(مادّة: ١٢٠٨) إذا كانت نوافذ قديمة ـ أي: عتيقة ـ في منزل مشرف على عرصة خالية، فاحترق هذا المنزل، فأحدث أوّلاً صاحب العرصة داراً في العرصة، ثمّ أعاد صاحب المنزل بناء منزله على وضعه القديم، فصارت نوافذه مشرفة على مقرّ النساء من الدار المحدثة، فصاحب الدار هو يرفع المضرّة عن نفسه، وليس له أن يجبر صاحب المنزل بقوله: امنع نظارتك.

(مادّة: ١٢٠٩) إذا أحدث أحد نوافذ في داره، وكان لجاره غرفة مرتفعة تقع بين النوافذ

←

على قاعدة: (القديم على قدمه)[١].

فإذا أحدث رجل داراً ولجاره شبابيك قديمة فليس له سدّها؛ لأنّ القديم على قدمه، وهكذا في أمثاله ممّا يطول تعداده.

وأمّا: (مادّة: ١٢١٠) و: (مادّة: ١٢١١)[٢] فهما مبنيان على قضية الشركة، وحيث إنّ الحائط مشترك فليس لأحدهما أن يتصرّف فيه بدون إذن الآخر، فرفع الجذوع إلى الأعلى لا يجوز، فإنّ الأعلى ليس له.

نعم، له أن يخفضها إلى الأسفل؛ لأنّ الأسفل له.

← ومقرّ نساء الجار، وكان لا يُرى لذلك مقرّ النساء من تلك النوافذ، فهدم الجار تلك الغرفة وأصبح مقرّ النساء يُرىٰ من تلك النوافذ، فليس للجار أن يقول للآخر: اقطع نظارتك، أو: سدّ النوافذ، بداعي أنّ النوافذ محدثة، بل يلزم الجار أن يدفع ضرره بنفسه.

(مادّة: ١٢١٠) ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يعلّيه بدون إذن الآخر، ولا أن يبني عليه قصراً أو شيئاً آخر، سواء كان مضرّاً بالآخر أو لا.

لكن إذا أراد أحدهما وضع جذوع لبناء غرفة في عرصة على ذلك الحائط ـ أي: تركيب رؤوس الجذوع على ذلك الحائط ـ فليس لشريكه منعه.

وبما أنّه لشريكه أن يضع جذوعاً بقدر ما يضع هو من الجذوع، فله أن يضع نصف عدد الجذوع التي يتحمّلها الحائط فقط، وليس له تجاوز ذلك.

وإن كان لهما على ذلك الحائط جذوع في الأصل على قدم المساواة وأراد أحدهما تزييد جذوعه فللآخر منعه.

انظر الفتاوى البزّازية ٦: ٤١٤ و٤١٧ و٤١٩.

(١) تقدّمت هذه القاعدة في ج ١ ص ١٣١.

(٢) نصّ المادّة الثانية على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٢ ـ هكذا:

(ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يحوّل جذوعه التي على الحائط يميناً وشمالاً أو من أسفل إلى أعلى، أمّا إذا كانت رؤوس جذوعه عالية فله تسفيلها).

قارن: الفتاوى الخانية ٣: ١٠٩ و١١٠، الفتاوى البزّازية ٦: ٤٢٠ و٤٢٣.

الفصل الثالث

في الطريق

إقحام هذا الفصل والذي بعده في هذا الباب ـ أعني: باب قواعد أحكام الأملاك ـ لا وجه له، فإنّ الطريق ليس من الأملاك، لا العامّة ولا الخاصّة، بل الطرق من المباحات العامّة، ومنفعتها الخاصّة ـ وهي المرور ـ حقٌّ لكلّ البشر، ولكنّه حقّ الانتفاع لا المنفعة، كما سبق بيانه[1].

فوجوب رفع الأشياء المضرّة بالمارّين هي من أحكام الطرق لا من أحكام الأملاك.

نعم، أحكام الطريق الخاصّ قد تدخل في هذا الباب باعتبار كونها ملكاً أو تشبه الملك.

وقد حكمت (المجلّة) في: (**مادّة: ١٢٢٣**)[2] أنّه لا يسوغ لأصحاب الطريق الخاصّ أن يبيعوه ولو اتّفقوا، ولا يسوغ أن يقسموه بينهم، ولا يسدّوا فمه.

---

(١) سبق بيانه في ص١٨٧ و١٨٨.

(٢) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٣:

(للمارّين في الطريق العامّ حقّ المرور في الطريق الخاصّ عند كثرة الازدحام، فلا يسوغ لأصحاب الطريق الخاصّ أن يبيعوه بالاتّفاق، أو يقتسموه بينهم، أو يسدّوا مدخله).

راجع الفتاوى البزّازية ٦:٤١٥.

ولكن الظاهر من بعض فقهائنا: أنّه حقٌّ لهم، فلو تبايعوه بينهم أو اقتسموه كان لهم ذلك[١].

وهو أقرب إلى الاعتبار.

ولا ينافيه أنّ فيه حقّ المرور لكلّ أحد، فإنّ هذا الحقّ لهم مادام الطريق مفتوحاً. أمّا إذا زال فلا حقّ لهم.

وتسمّى هذه الطرق عندنا: بالطرق المرفوعة[٢]، ولعلّها لارتفاعها عن الطريق العامّ أو لغير ذلك.

---

(١) لاحظ الجواهر ٣٨:٣٩.

(٢) قارن: حاشية الإرشاد للشهيد الثاني ٢:٢٤٠، المسالك ٤:٢٧٨، الجواهر ٢٦:٢٤٦.

الفصل الرابع

في بيان حقّ المرور والمجرى والمسيل

مواد هذا الفصل كلّها تبتني على ثلاث قواعد:

١ ـ قاعدة: (الضرر يزال).

٢ ـ (القديم على قدمه إذا كان مشروعاً).

٣ ـ (المبيح له الرجوع عن إباحته متى شاء).

فلو أذن صاحب العرصة بالمرور فيها لشخص له الرجوع عن إذنه متى شاء مهما طالت المدّة، فإنّ قاعدة: (القديم على قدمه) إنّما تعتبر في الأُمور المشروعة المجهولة السبب عند جيلنا. أمّا لو علمناه فالحكم للسبب لا للقدم.

مثلاً: لو وجدنا داراً يجري عليها ميزاب من دار الغير ـ وهو قديم ـ فنحكم بلزوم بقائه من جهة قدمه. أمّا لو علمنا أو ظهرت ورقة أو بيّنة بأنّ صاحب الدار أباح للجار وضع الميزاب على داره وقد رجع عن إباحته فلا ريب أنّ قاعدة القديم تسقط، والعمل على قاعدة الإباحة والرجوع، فيحكم الحاكم برفع الميزاب.

وهذا نظير قضية اليد التي هي من أقوى الأمارات على الملكية، ولكنّها إنّما يعتمد عليها حيث تكون مجهولة السبب. أمّا لو علم سببها فالعمل على

السبب.

مثلاً: لو وجدنا داراً بيد شخص تلقّاها من أبيه وجدّه وادّعاها آخر تحكم بأنّها لصاحب اليد حتّى تقوم الحجّة على أنّها ليست له.

أمّا لو ظهر من أمارة أو بيّنة أنّه قد استأجرها جدّه من أجداد المدّعي أو أباحها له، فإنّ اليد تبطل، ويطالب بالبيّنة على أنّها قد انتقلت بناقل شرعي.

والحاصل: أنّ الأمارات والقواعد جلّها أو كلّها إنّما تكون معتبرة حيث تكون مجهولة السبب.

وهذه فائدة ثمينة فاحتفظ بها، ولله الفضل والمنّة، ومنه نستمد التوفيق.



في بيان شركة الإباحة

ويشتمل على سبعة فصول

الفصل الأوّل

في بيان الأشياء المباحة وغير المباحة

(مادّة: ١٢٣٤) الماء والكلأ والنار مباحة، والناس في هذه الأشياء الثلاثة شركاء[١].

قد عرفت ـ فيما سبق[٢] ـ أنّ الشركة هنا لغوية لا بمعناها المصطلح، بل الاشتراك هنا بمعنى: عموم الحكم لعامّة البشر.

فإباحة الانتفاع والتملّك لشيء من هذه المواد الحيوية عامٌّ لجميع الأنام، كعموم سائر الأحكام.

والأصل في هذا الحديث النبوّي المشهور: «الناس شرع سواء في ثلاثة أشياء: الماء والكلأ والنار»[٣].

---

(١) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٤.
انظر: بدائع الصنائع ٨:٢٩٤، الفتاوى الخانية ٣:٢٠٥، تبيين الحقائق ٦:٣٩، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٤ و٤٤٠، الروضة الندية ٢:١٣٨.

(٢) سبق في ص٣٢٢ ـ ٣٢٣.

(٣) ورد هذا الحديث بأدنى تفاوت في: مسند أحمد ٥:٣٦٤، سنن ابن ماجة ٢:٨٢٦، سنن أبي داود ٣:٢٧٨، السنن الكبرى للبيهقي ٦:١٥٠، الأحكام الوسطىٰ ٣:٢٩٨، تلخيص الحبير ٣:٦٥، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢:٢٤٦، مستدرك الوسائل إحياء الموات ٢:٤ (١٧:١١٤).

والمباحات العامّة أكثر من ذلك، كالصيد والأحطاب وثمار الأشجار في الغابات وغير ذلك، كما سيأتي[١].

ولا ريب أنّ المراد اشتراكهم فيه قبل حيازة أحد لشيء منه.

فالماء الذي نقله إنسان من الفرات وشبهه مملوك له. إنّما المباح العامّ هو ماء الفرات في مجاريه ومجارى السيول والقنوات العادية، فليس لأحد منع غيره من الاستقاء منها والحيازة.

أمّا الذي يحوزه إنسان في نهر صغير في أرضه أو داره أو بستانه فقد ملكه، ولا يجوز الأخذ منه بغير إذنه.

ومثله الكلام في الكلأ، وهو: النبات في الأراضي الواسعة والغابات، بل وأشجارها وثمارها أو أشجار الجبال والأودية قبل حيازة أحد لشيء منها، وكذلك النار.

فلو أوقد إنسان ناراً في فلاة من الأرض فليس له أن يمنع غيره من الاستضاءة بها أو التدفئة بالقرب منها أو الاقتباس من جذوتها[٢].

نعم، ليس له أن يحمل جمرة منها أو فحمة خشب منها؛ لأنّها مملوكة لموقدها، فلا يجوز أخذها، إلّا بإذنه.

كما أنّه لو أوقد ناراً في داره ليس لأحد أن يدخل الدار للتدفئة أو الاستضاءة بدون إذنه، بخلاف ما لو كانت في صحراء مباحة، كما في:

---

(١) سيأتي في نفس هذه الصفحة وفي ص٤٣١.

(٢) الجذوة: الجمرة الملتهبة. وقال أبو عبيدة: الجذوة مثل الجذمة، وهي: القطعة الغليظة من الخشب، كان في طرفها نار أو لم يكن. (الصحاح ٦: ٢٣٠٠).

(مادّة : ١٢٦١)[١] الآتية.

ومن : (مادّة : ١٢٣٥) إلى : (مادّة : ١٢٤١)[٢] كما أنّ الكلأ النابت

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٦ :

(إذا أوقد أحد ناراً في ملكه فله أن يمنع الآخرين من الدخول إلى ملكه والانتفاع بها . أمّا إذا أوقد أحد ناراً في صحراء ليست بملك أحد فلسائر الناس أن ينتفعوا بها ، وذلك للتدفئة وخياطة شيء على نورها وإشعال القنديل منها ، وليس لصاحب النار أن يمنع ذلك ، ولكن ليس لأحد أن يأخذ منها جمراً بدون إذن صاحبها) .

راجع : الفتاوى الخانية ٣:٢٠٦ ، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٤٠ .

(٢) صيغ هذه المواد في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٤ ـ ١٤٥ كالآتي :

(مادّة : ١٢٣٥) المياه الجارية تحت الأرض ليست بملك أحد .

(مادّة : ١٢٣٦) الآبار التي ليست محفورة بسعي وعمل شخص مخصوص بل هي من القديم لانتفاع كلّ وارد هي من الأشياء المباحة والمشتركة بين الناس .

(مادّة : ١٢٣٧) البحار والبحيرات الكبيرة مباحة .

(مادّة : ١٢٣٨) الأنهار العامّة غير المملوكة ـ وهي الأنهار التي لم تدخل في مقاسم ، أي : مجاري ملك جماعة ـ مباحة أيضاً ، كالنيل والفرات والطونة والطونجة .

(مادّة : ١٢٣٩) الأنهار المملوكة ـ وهي التي دخلت في مقاسم على الوجه المشروح ـ نوعان :

النوع الأوّل : هو الأنهار التي يتفرّق وينقسم ماؤها بين الشركاء ، لكن لا ينفذ جميعه في أراضي هؤلاء ، بل تجري بقيته للمفازات ، أي : البراري المباحة للعامّة . وبما أنّ الأنهار التي هنّ من هذا القبيل عامّة من وجه فتسمّىٰ بالنهر العامّ ، ولا تجري فيها الشفعة .

النوع الثاني : النهر الخاصّ ، وهو الذي يتفرّق وينقسم ماؤه على أراضي أشخاص معدودين ، والذي ينفذ ماؤه عند وصوله إلى نهاية أراضيهم ولا ينفذ إلى مغازة ، والشفعة إنّما تجري في هذا النوع فقط .

(مادّة : ١٢٤٠) الطمي الذي يأتي به النهر إلى أراضي أحد هو ملكه ، ولا يسوغ لأحد أن يتعرّض له .

←

في الأراضي التي لا صاحب لها مباح، كذلك الكلأ النابت في ملك شخص بلا تعاطي سببه أيضاً مباح ... إلى آخرها.

هذا التقسيم سقيم وتحكّم بلا دليل حتّى من قياس ونحوه! فإنّ النابت في ملك إنسان ـ ولو من غير سببه ـ يدخل في ملكه قهراً، كما [لو] نبعت عين ماء في أرضه أو في داره أو ظهر معدن فيها ونحو ذلك ممّا لا إشكال في صيرورته ملكاً له سواء تعاطى إيجاد السبب أم لا.

فلو أذن لشخص بالدخول إلى داره أو عقاره فدخل لم يجز له أن يتصرّف بشيء من ذلك النبات أو الماء إلّا بإذن خاصٍّ من المالك كالأشجار النابتة من نفسها في ملك إنسان حسبما نصّت عليه:

(مادّة : ١٢٤٤) الأشجار النابتة بلا غرس في ملك أحد هي ملكه، ليس لأحد أن يحتطب منها إلّا بإذنه، فان يفعل يكن ضامناً[١].

← **(مادّة : ١٢٤١) كما أنّ الكلأ النابت في الأراضي التي لا صاحب لها مباح، كذلك الكلأ النابت في ملك شخص بدون تسبّبه مباح أيضاً.**
أمّا إذا تسبّب ذلك الشخص في هذا الخصوص، بأن أعدّ أرضه وهيّأها بوجه ما لأجل الإنبات ـ كسقيه أرضه أو إحاطتها بخندق من أطرافها ـ فالنباتات الحاصلة في تلك الأرض تكون ماله، فلا يسوغ لآخر أن يأخذ منها شيئاً، فإذا أخذ شيئاً واستهلكه يكون ضامناً.

لاحظ: الفتاوى الخانية ٣: ٢٠٥ ـ ٢٠٦، حاشية ردّ المحتار ٦: ٤٣٤ و٤٣٨ ـ ٤٤٠.

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٥:
(الأشجار النابتة من نفسها في ملك أحد هي ملكه، فليس لآخر أن يحتطبها بدون إذنه، فإن فعل يضمن).
انظر حاشية ردّ المحتار ٦: ٤٤٠.

وهذا صحيح لا مرية[١] فيه، إنّما العجب هو التفرقة بين النبات فهو مباح وبين الشجر فغير مباح مع اتّحاد الملاك في المسألتين، فليتدبّر.

(مادة:١٢٤٧) الصيد مباح[٢].

يعني: أنّه من المباحات العامّة إذا لم يكن قد صاده أحد قبل ذلك.

أمّا لو صاده وكان من عادته العود فلا إشكال في حرمة صيده.

أما لو لم يكن من عادته العود فمحلّ إشكال.

ويجوز حمل الصيد على المصدر، كما يجوز حمله على اسم العين، وسيأتي بيان أحكام كلّ واحد منهما في الفصل السابع[٣].

---

(١) يقولون: ليس في هذا شكّ ولا مرية، بكسر الميم وضمّها، من الامتراء. (جمهرة اللغة ٨٠٦:٢).

(٢) وردت المادّة نصّاً في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٥.

قارن: تبيين الحقائق ٥٠:٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٣٤ و٦٩٥، الفتاوى الهندية ٣٩١:٥ و٤١٧، حاشية ردّ المحتار ٤٦١:٦.

(٣) سيأتي في ص٤٥٢ وما بعدها.

الفصل الثاني

[كيفيّة استملاك الأشياء المباحة]

(مادّة:١٢٤٨) أسباب التملّك ثلاثة:

الأوّل: النقل من مالك إلى مالك آخر، كالبيع ...[١].

قدّمنا لك في بعض الأبحاث السابقة أنّ أسباب الملك نوعان: قهرية واختيارية، وتحت كلّ نوع من هذين أصناف[٢].

وأظهر أسباب التملّك القهري: الإرث، والجنايات، والأُروش، والنذور، وما إلى ذلك.

وأظهر أسباب التملّك الاختياري: الاكتساب، والبيع، والشراء، والصيد، والحيازة، وإحياء الموات، وما إلى ذلك.

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٥:
(أسباب التملك ثلاثة:
الأوّل: الناقل للملك من مالك إلى مالك آخر، كالبيع والهبة.
الثاني: أن يخلف أحد آخر، كالإرث.
الثالث: إحراز شيء مباح لا مالك له.
وهذا إمّا حقيقي، وهو: وضع اليد حقيقة على ذلك الشيء، وإمّا حكمي، وذلك بتهيئة سببه، كوضع إناء لجمع المطر ونصب شبكة لأجل الصيد).
راجع: الفتاوى الخانية ٣:٢٠٥، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٦٣.

(٢) تقدّم ذلك في ص٣٢٣ و٣٣٢.

ولا حاجة في أمثال الصيد والحيازة إلى وضع اليد لا حقيقة ولا حكماً، بل المدار على صدق الاستيلاء عرفاً.

ومنه التحجير الذي يثبت به حقّ اختصاص في المباح إلى أمد معيّن.

أمّا لو نصب شبكة فوقع الصيد فيها فقد ملكه بالاستيلاء حقيقة، ولا يجوز لغيره أن يتصرّف به بدون إذن الحائز الأوّل.

ولو أتلفه كان ضامناً، كما في:

(مادّة: ١٢٤٩) كلّ من أحرز شيئاً مباحاً كان مالكاً له مستقلاً... إلى آخرها[١].

(مادّة: ١٢٥٠) كون الإحراز مقروناً بالقصد لازم[٢].

---

(١) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٥:

(كلّ من يحرز شيئاً مباحاً يملكه مستقلاً.

مثلاً: لو أخذ أحد من نهر ماء بوعاء ـ كالجرّة والبرميل ـ فبإحرازه وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه، فليس لغيره صلاحية الانتفاع به، وإذا أخذه آخر بدون إذنه واستهلكه يكون ضامناً).

لاحظ: بدائع الصنائع ٨:٢٩٤، تبيين الحقائق ٦:٣٩، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٨.

(٢) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٥ ـ ١٤٦:

(يقتضي أن يكون الإحراز مقروناً بالقصد.

فلذلك لو وضع أحد إناءً في محلّ بقصد جمع مياه المطر فيه فيكون ماء المطر المتجمّع في ذلك الإناء لصاحبها.

أمّا مياه المطر التي تجمّعت في إناءٍ وضعه أحد بغير قصد فلا تكون ملكاً له، ويسوغ لشخص غيره أن يأخذها ويتملّكها، انظر المادّة الثانية).

قارن: تبيين الحقائق ٦:٣٩، الفتاوى الهندية ٥:٣٩٢، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٩.

هذا البحث مبتور هنا، وحقّه أن يقال: إنّ التملّك بالإحياء مشروط بشروط:

١ ـ انتفاء يد الغير.

فلو كان على الأرض يد معتبرة شرعاً لم يصح للغير إحياؤها.

٢ ـ عدم ملك سابق لمسلم أو معاهد.

فلو كانت مملوكة لأحدهما ولم يتحقّق الإعراض أو السبب المزيل لم يجز إحياؤها بناءً على عدم بطلان الملكية بالموتان.

٣ ـ أن لا يكون حريماً لعامر.

٤ ـ أن لا يكون مشعراً للعبادة، كمنى والمشعر وعرفة ونحوها.

٥ ـ أن لا يكون متعلّقاً به حقّ الغير.

فلا يكون ممّا أقطعه الإمام أو السلطان لأحد المسلمين أو غيرهم، فإنّه يكون أولى به، ولا محجّراً، أي: قد شرع أحد في إحيائه بوضع علامة من مرز أو حفر نهر أو نحو ذلك.

٦ ـ أن يكون الإحياء أو الحيازة بقصد التملّك.

فلو فعل أحد الأسباب بدون قصده أو بقصد غيره لم يملك.

والظاهر الاتّفاق على هذه الشروط[١].

---

(١) انظر: الشرائع ٤:٧٩٢ ـ ٧٩٤، الدروس ٣:٥٥ ـ ٦١ (حيث اعتبر الشهيد الأوّل الشرائط تسعة)، المسالك ١٢:٤٠٥ وما بعدها، الجواهر ٣٨:٣٣ وما بعدها.

ولا ينافي شرطية قصد التملّك ما ذكرناه من أنّ الحشيش النابت في أرض شخص أو داره ملك له وإن لم يعمل سببه؛ فإنّ ملكية هذه الأشياء بالتبعية لا بالحيازة والإحياء، وهو ظاهر.

وهناك شرطان آخران لم يتحقّق الاتّفاق عليهما ـ وإن ذهب إلى اعتبارهما جماعة[1] ـ وهما:

الأوّل: اشتراط إذن الإمام عند حضوره أو نائبه عند غيبته.

والثاني: تحقّق الإحياء وتماميته، فلا ملكية إلّا بعد صدق كونه قد أحياها عرفاً.

ولا بأس بهذين الشرطين وإن كان الدليل عليهما غير ظاهر.

وسيأتي ذكر بعض هذه الشروط في الفصل الخامس[2].

أمّا:

(مادّة: ١٢٥١) يشترط في إحراز الماء انقطاع جريه.

فالبئر التي ينزّ ما فيها من الماء لا يكون ماءً محرزاً.

فلو أخذ شخص من الماء المجتمع في هكذا بئر تنزّ بدون إباحة

---

(١) ذهب للأوّل ابن الجنيد، كما في المختلف ٦: ١٧٠، واستجوده العلاّمة في المصدر السابق.

وذهب للثاني ـ وكذلك الأوّل ـ الشهيد الأوّل في الدروس ٣: ٥٥ و٥٦.

ولاحظ: الرياض ١٤: ١١٤، الجواهر ٣٨: ٣٢.

(٢) سيأتي في ص ٤٢٠.

صاحبه واستهلكه لا يلزمه الضمان... الخ[1].

لم أعرف وجهه، فإنّ البئر إذا كانت مملوكة لشخص فماؤها ملك له لا يجوز لغيره أن يأخذ منه بدون إذنه انقطع جري الماء أو لم ينقطع، وهكذا الحوض.

أمّا إذا لم تكن مملوكة لشخص فهي من المباحات يجوز لكلّ أحد الأخذ من مائها انقطع جريها أيضا أم لا.

ودعوى: أنّ الماء الذي لا ينقطع جريه يستمدّ قوّته من المياه الجارية تحت الأرض وهي غير مملوكة، فسادها غني عن البيان.

---

(١) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٦:

(يشترط في إحراز الماء انقطاع جريه.

وعليه فالمياه التي في البئر الذي ينبع فيه الماء لا تحرز.

فلو أخذ شخص من الماء النابع والمجتمع في بئر كهذا بدون إباحة صاحبه واستهلكه لا يلزمه ضمان.

وكذلك الماء المتتابع الورود ـ أي: ماء الحوض الذي بقدر ما يخرج منه ماء من جهة يدخل إليه ماء بمقدار ذلك من جهة أُخرى ـ غير محرز).

راجع حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٨.

الفصل الثالث

في بيان أحكام الأشياء العموميّة المباحة

جميع مواد هذا الفصل واضحة لا مناقشة فيها، وقد تقدّم بعضها[1]، وهي من لوازم الإباحة العامّة.

---

(١) وذلك في ص٤٢٧ و٤٢٨.

الفصل الرابع

في بيان حقّ الشرب والشفه

وجميع مواده أيضاً واضحة جلية المدرك.

نعم، في:

(مادّة:١٢٦٨) يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورود ـ سواء كان حوضاً أو نهراً ـ أن يمنع طالبه من الدخول في ملكه.

لكن إذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب يجبر صاحب الملك على إخراج الماء لذلك الطالب، أو إعطائه الرخصة بالدخول لأجل أخذ الماء.

وإن لم يخرج له الماء فله حقّ الدخول وأخذ الماء[١].

---

(١) وردت المادّة بالنصّ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٧:

(إذا كان ضمن ملك أحد حوض أو بئر أو نهر ماؤه متتابع الورود فله منع من يريد شرب الماء من الدخول.

لكن إذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب فصاحب الملك مجبور على إخراج الماء له، أو أن يأذنه بالدخول لأخذ الماء.

وإذا لم يخرج له الماء فله حقّ الدخول وأخذ الماء، لكن بشرط السلامة، أي: يشترط عدم إيقاع ضرر، كتخريب حافّة الحوض أو البئر أو النهر).

قارن: تبيين الحقائق ٦:٤٠، الفتاوى الهندية ٥:٣٩١، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٤٠.

فإنّه لا يخلو من إشكال؛ فإنّ إجبار المالك على إخراج الماء أو الدخول قهراً عليه إلى داره كلّ ذلك منافٍ للقواعد العامّة كقاعدة السلطنة ونحوها، ولكن يمكن لولي الأمر أو نائبه العامّ أو الخاصّ أن يجبر المالك كذلك نظراً للصالح العامّ وحفظ النظام واستبقاء حياة النفوس وإن كان مخالفاً للقواعد العامّة.

إلّا أنّه لو اقتحمنا هذه العقبة الكؤود[1]، وقلنا: بجوازه وتخريج وجه لدخوله، فلا بدّ من دفع القيمة، ويكون كقضية الأكل في المخمصة، فليتدبّر.

---

(١) عقبة كؤود: شاقّة المصعد. (الصحاح ٢:٥٢٩).

الفصل الخامس

في إحياء الموات

(مادّة: ١٢٧٠) الأراضي الموات هي: التي ليست ملكاً لأحد، ولا هي مرعى ولا محتطب... الخ[١].

ذكرنا قريباً شروط التملّك بالإحياء[٢]، ومنه يتّضح لك حدود الأرض الموتان التي يجوز إحياؤها حتّى تصير ملكاً لمحييها.

وأقرب تعريف للأرض الميتة: أنّها هي التي لا تصلح للزرع بحالتها الحاضرة، بل تحتاج إلى علاج غير الحرث والسقي؛ إمّا لكونها مغمورة بالماء كالأهوار والأجم، أو لبعد الماء عنها فتحتاج إلى شقّ نهر أو آلة موصلة وأمثال ذلك.

ومع هذا فإرجاع ذلك إلى العرف أقرب إلى الصواب.

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٧ هكذا:

(الأراضي الموات هي: الأراضي التي ليست ملكاً لأحد، ولا هي مرعى ولا محتطب لقصبة أو قرية، وتكون بعيدة عن أقصى العمران، أي: التي لا يسمع منها صوت جهير الصوت من أقصى الدور التي في طرف القصبة أو القرية).

انظر: تبيين الحقائق ٦:٣٤، البناية في شرح الهداية ١١:٣١٤، تكملة شرح فتح القدير ٨:٢ ـ ٣، تكملة البحر الرائق ٨:٢٠٩، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣١، اللباب ٢:٢١٨.

(٢) وذلك في ص ٤٣٤.

أمّا اشتراط بعدها عن أقصى العمران ـ كما في هذه المادّة ـ فغير لازم.

نعم، إن كان ذلك الموات من مرافق البلد ومحلّ حاجتها ـ ولو في بعض السنة فضلاً عمّا لو كان مرعى أو محتطباً ومحتصداً ـ فلا إشكال في عدم جواز إحيائه؛ لأنّه حريم للعامر.

وكذا لو كان حريماً لبئر البلد، وأمثال ذلك، كما سبق ذكره(١)، ونصّت عليه:

(مادّة: ١٢٧١) الأراضي القريبة إلى العمران... الخ(٢).

أمّا لو خلت من كلّ ذلك جاز إحياؤها وإن كانت متّصلة بالبلد أو العمران، فتدبّره.

---

(١) سبق ذكره في ص٤٣٤.

(٢) تكملة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٧ ـ بعد أن ورد: (من) بدل: (إلى) ـ هكذا:
(تترك للأهالي على أن تتّخذ مرعى أو بيدراً أو محتطباً. وتدعى هذه الأراضي: الأراضي المتروكة).

ذهب جمهور الحنفية إلى: أنّ النهر إذا كان بعيداً بحيث لا يعود إليه الماء تكون أرضه مواتاً يجوز إحياؤها، وكذلك الحكم إذا كان النهر قريباً في ظاهر الرواية، وهو الصحيح عندهم؛ لأنّ الموات اسم لما لا ينتفع به، فإذا لم يكن ملكاً لأحد ولا حقّاً خاصّاً له لم يكن منتفعاً به، فكان مواتاً بعيداً عن البلد أو قريباً منها.

وعلى رواية أبي يوسف ـ وهو قول الطحاوي الذي اعتمده شمس الأئمّة: لا يكون مواتاً إذا كان قريباً، وذلك لأنّ ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه.

وعند محمّد: يعتبر حقيقة الانتفاع حتّى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيداً، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريباً من العامر.

راجع: تبيين الحقائق ٦:٣٥، الفتاوى الهندية ٥:٣٨٦، تكملة البحر الرائق ٨:٢١٠، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٢، اللباب ٢:٢٢٠ ـ ٢٢١.

(مادّة: ١٢٧٢) إذا أحيا شخص أرضاً مواتاً بالإذن السلطاني صار مالكاً لها... الخ[١].

يظهر من هذه المادّة أنّ أصحاب (المجلّة) يعتبرون إذن السلطان شرطاً في التملّك بالإحياء، وقد تقدّم أنّ بعض فقهائنا يعتبر هذا الشرط أيضاً[٢]، ولكنّه خلاف إطلاق الحديث المشهور: «من أحيا أرضاً فهي له»[٣].

نعم، بناءً على أنّ الموات من الأنفال التي هي لله ولرسوله ـ كما يدلّ عليه الحديث المشهور: «مَوَتان الأرض لله ولرسوله، فمن أحيا أرضاً ميتة فهي له»[٤] ـ يكون إذن الإمام أو نائبه شرطاً.

ولا ينافيه الإطلاق أنّها للمحيي؛ فإنّ المراد منه أنّ المحيي بشروطه يكون مالكاً؛ إذ لا ريب أن ليس كلّ من أحيا يملك.

---

(١) وردت المادّة باللفظ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٧ ـ ١٤٨:

(إذا أحيىٰ وعمّر أحد أرضاً من الأراضي الموات بالإذن السلطاني يصير مالكاً لها، وإذا أذن السلطان أو وكّل أحداً بإحياء الأرض ـ على أن ينتفع بها فقط ولا يتملّكها ـ فيتصرّف ذلك الشخص في تلك الأرض على الوجه الذي أذن به، ولكن لا يملك تلك الأرض).

لاحظ: الفتاوى الهندية ٥: ٣٨٧، تكملة البحر الرائق ٨: ٢١٠، حاشية ردّ المحتار ٦: ٤٣٢ ـ ٤٣٣، اللباب ٢: ٢١٩.

(٢) تقدّم في ص٤٣٥.

(٣) قارن: مسند أحمد ٣: ٣٥٦، سنن أبي داود ٣: ١٧٨، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤٣، كتاب السنن الصغير للبيهقي ١: ٥٥٠، التحقيق في أحاديث الخلاف ٢: ٢١٣، مستدرك الوسائل إحياء الموات ١: ٢ (١٧: ١١١).

(٤) راجع: السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤٣، تلخيص الحبير ٣: ٦٢.

وعلى كلٍّ، فاستئذان الإمام أو نائبه الخاصّ أو العامّ إن لم يكن أقوى فلا ريب أنّه الأحوط.

(مادّة: ١٢٧٤) إذا أحيا شخص أرضاً مواتاً وبعده جاء آخرون أيضاً وأحيوا الأراضي التي في أطرافها الأربعة... الخ[(١)].

بل ليس للآخرين أن يحيوا طريق المحيي الأوّل؛ لأنّه من مرافقه ولوازمه، فيملكه بالتبع، ولا يجوز لغيره التعرّض له.

(مادّة:١٢٧٧) وضع الأحجار أو الشوك ليس بإحياء، ولكنّه تحجير[(٢)].

الفرق بين الإحياء والتحجير واضح مفهوماً وحكماً، فإنّ التحجير هو: الشروع في مقدّمات الإحياء، أو وضع علامات حيازة الأرض وإن لم يكن لها دخل بالإحياء.

---

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٨:

(إذا أحيىٰ أحد أرضاً من الأراضي الموات ثمّ جاء آخرون فأحيوا الأراضي التي أطرافها [في] أطرافها الأربعة فتتعيّن طريق ذلك الشخص في الأراضي التي أحياها المحيي الأخير، أي: يكون طريقه منها).

قارن: الاختيار ٣:٦٧، تبيين الحقائق ٦:٣٥، الفتاوى الهندية ٥:٣٨٧، تكملة البحر الرائق ٨:٢١٠.

(٢) وردت المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٨ ـ بالنصّ الآتي:

(إحاطة جوانب الأرض الأربعة بالأحجار أو الشوك أو جذوع الأشجار أو تنقية الحشائش منها أو إحراق الأشواك التي فيها حفر بئر ليس بإحياءٍ لتلك الأرض، بل هو تحجير فقط).

انظر: المغني ٦:١٥٣، الفتاوى الهندية ٥:٣٨٦، تكملة البحر الرائق ٨:٢١٠ ـ ٢١١، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٣، اللباب ٢:٢٢٠.

أمّا الإحياء فهو: صلاحية الأرض فعلاً للزرع، أي: لإلقاء البذر فيها وسقيه.

وحكم الإحياء حصول الملكية به. أمّا التحجير فتحصل به الأولوية، ولكنّه حقٌّ يورّث يصحّ المصالحة عليه وأخذ المال بالمعاوضة عليه.

نعم، يمهله حاكم الشرع أو السلطان حسبما يراه، ولا يتقيّد بسنة أو ثلاث، بل بما يراه الحاكم حسب اختلاف الظروف والأحوال، فإن لم يكمل إحياءها في تلك المدّة يسقط حقّه وينتزعها منه ويدفعها لغيره.

وبهذا يتّضح ما في المواد الباقية في هذا الفصل من: (**مادّة :١٢٧٨**) إلى: (**مادّة :١٢٨٠**)[١].

---

(١) صيغ هذه المواد ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٨ ـ هكذا:

(مادّة :١٢٧٨) إذا حصد أحد ما في الأراضي الموات من الحشائش أو الأشواك، ووضعه في أطرافها، ووضع عليه التراب، ولم يتم مسناتها بوجه يمنع ماء السيل إليها، فلا يكون أحيا تلك الأرض، ولكن يكون حجرها.

راجع: تبيين الحقائق ٦:٣٥، الفتاوى الهندية ٥:٣٨٦، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٣.

(مادّة: ١٢٧٩) إذا حجر أحد محلاً من الأراضي الموات يكون أحقّ من غيره بذلك المحلّ مدّة ثلاث سنين، فإذا لم يحييه في ظرف الثلاث سنين فلا يبقى له حقٌّ، ويجوز أن يعطى لغيره لإحيائه.

الحنفية والمالكية وضعوا مدّة قصوى للاختصاص الحاصل بالتحجير، وهي ثلاث سنوات وهذا هو الحكم ديانة، أمّا قضاءً فإذا أحياها غيره قبل مضي هذه المدّة ملكها.

وهذا هو الحكم عند الحنفية.

فإن لم يقم بتعميرها أخذها الإمام ودفعها إلى غيره؛ لقول عمر: «ليس لمتحجّر بعد ثلاث ←

الفصل السادس

في بيان حريم الآبار المحفورة والمياه المجراة والأشجار المغروسة بالإذن السلطاني في الأراضي الموات

(مادّة : ١٢٨١) حريم البئر ـ يعني : حقوقها من جهاتها ـ من كلّ طرف أربعون[1].

← سنين حقٌّ ».

وذهب الشافعية ـ وهو وجه عند الحنابلة ـ إلىٰ : أنّه إذا أهمل المتحجّر إحياء الأرض مدّة غير طويلة عرفاً وجاء من يحييها فإنّ الحقّ للمتحجّر .

والوجه الآخر للحنابلة : أنّ التحجير بلا عمل لا يفيد ، وأنّ الحقّ لمن أحيا تلك الأرض .

لاحظ : المغني ٦:١٥٤ ـ ١٥٥ ، الذخيرة ٦:٥٥ ، تبيين الحقائق ٦:٣٥ ، نهاية المحتاج ٥:٣٤١ ، كشّاف القناع ٤:١٩٣ ، الفتاوى الهندية ٥:٣٨٦ ، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٣:١٩٣ ، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٣ .

(مادّة : ١٢٨٠) من حفر بئراً تامّة في الأراضي الموات بإذن السلطان فهي ملكه .

قارن : تبيين الحقائق ٦:٣٦ ، الفتاوى الهندية ٥:٣٨٧ ، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٣٥ .

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٨ :

(حريم البئر ـ أي : حقوق ساحتها ـ أربعون ذراعاً من كلّ طرف) .

ونُقل عن الشافعي : أنّ له في المسألة مذهبين :

الأوّل : أنّ حريم البئر أربعون ذراعاً ، كما ذهب إليه الحنفية .

الثاني : أنّ حريم البئر على قدر الحاجة إليه ، ولهم يحدّه ، بل قال : على ما جرت به العادة .

انظر : المبسوط للسرخسي ٢٣:١٦٢ ، المجموع ١٥:٢١٨ ، تبيين الحقائق ٦:٣٦ ، مغني ←

....

← المحتاج ٢:٣٦٣، الفتاوى الهندية ٥:٣٨٧، اللباب ٢:٢٢١.
تفصيل البحث في هذه المسألة: أنّ الحنفية ذهبوا إلى: أنّ حريم بئر العطن ـ وهي البئر التي ينزح منها الماء باليد ـ أربعون ذراعاً من كلّ جانب، والمراد بالذراع هنا ذراع اليد؛ لأنّه المتبادر عند الإطلاق، وهو ستّ قبضات كلّ قبضة أربع أصابع.
وقيل: من الجوانب كلّها ـ أي: من كلّ جانب ـ عشرة أذرع.
والقول الأوّل لظاهر قوله ﷺ: «من حفر بئراً فله أربعون ذراعاً عطناً لماشيته».
والصحيح الأوّل؛ لأنّ المقصود من الحريم دفع الضرر كيلا يحفر بحريمه أحد بئراً أُخرىٰ فيتحوّل إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كلّ جانب، فإنّ الأراضي تختلف بالصلابة والرخاوة، وأيضاً فإنّ حافر البئر يحتاج إلى أن يقف علىٰ شفير البئر ليستقي الماء، وإلى أن يبني علىٰ شفير البئر ما يركّب عليه البكرة، وإلى أن يبني حوضاً يجتمع فيه الماء، وإلى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده، فقدّره الشارع بأربعين ذراعاً.
ثمّ اختلف أئمّة الحنفية في بئر الناضح ـ وهي البئر التي ينزح الماء منها بالبعير ـ فذهب أبو حنيفة إلى: أنّه لا فرق.
وذهب أبو يوسف، ومحمّد إلى: أنّ حريم بئر الناضح ستّون ذراعاً؛ لقوله ﷺ: «حريم العين خمس مائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستّون ذراعاً»، ولأنّه يحتاج فيه إلى أن يسيّر دابّته للاستسقاء، وأمّا بئر العطن فالاستسقاء منه باليد، فقلّت الحاجة، فلابدّ من التفاوت.
وذكر ابن عابدين نقلاً عن التاترخانية: أنّه يفتىٰ بقول الصاحبين، وفي الشرنبلالية: أنّه يفتىٰ بقول الإمام.
وهناك قول آخر ذكره القهستاني وعزاه للهداية، وهو: كون التقدير في البئر بما ذكر في أراضيهم لصلابتها، أمّا في أراضينا ففيها رخاوة، فيزداد؛ لئلا ينتقل الماء إلى الثاني.
ويرى المالكية في المذهب، والشافعية: أنّ البئر ليس لها حريم مقدّر.
فقد قال المالكية: إنّ حريم البئر ما حوله، فهو يختلف بقدر كبر البئر وصغرها، وشدّة الأرض ورخاوتها، وما يضيق على وارد لشرب أو سقي.
قال عياض: حريم البئر ما يتّصل بها من الأرض التي من حقّها أن لا يحدث فيها ما يضرّ بها ←

....

→ لا باطناً كحفر بئر ينشّف ماءها أو يذهبه، أو بغيره كحفر مرحاض تطرح النجاسات فيه ويصل إليها وسخها.

وصرّح الشافعية: بأنّ حريم البئر المحفورة في الموات موقف النازح منها ـ وهو القائم علىٰ رأس البئر ليستقي ـ والحوض، وهو ما يصبّ النازح فيه ما يخرجه من البئر، وموضع الدولاب، ومجتمع الماء الذي يطرح فيه من الحوض لسقي الماشية والزرع، ومتردّد البهيمة إن كان الاستقاء بها.

وحريم بئر الشرب موضع المستقي منها.

وكلّ ذلك غير محدّد، وإنّما هو بحسب الحاجة عند الشافعية في المشهور من المذهب.

وهل من سائر الجوانب، أو جانب واحد؟ الأقرب اعتبار العادة في مثل ذلك المحلّ.

وفي مخالف المشهور: حريم البئر قدر عمقها من كل جانب.

وأمّا الحنابلة فقد فرّقوا بين البئر القديمة ـ وهي التي انطمت وذهب ماؤها فجدّد حفرها وعمارتها ـ والبئر الحديثة التي ابتدأ عملها.

فذهب جمهورهم ـ وهو قول ابن نافع من المالكية ـ إلى: أنّ حريم البئر القديمة خمسون ذراعاً من كلّ جانب، وحريم البئر الحديثة خمسة وعشرون ذراعاً من كلّ جانب؛ لما روي عن سعيد بن المسيّب، قال: «السنّة في حريم القليب البئر العادية ـ وهي البئر القديمة المنسوبة إلى عاد، وليس المراد عاداً بعينها، لكن لما كانت عاد في الزمن الأوّل وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كلّ قديم ـ خمسون ذراعاً، وحريم البدء خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم بئر الزرع ثلاثة مائة ذراع»، ولأنّ الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء، فإنّه يحتاج إلى ما حولها عطناً لإبله وموقفاً لدوابّه وغنمه وموضعاً يجعل فيه أحواضاً يسقي منها ماشيته وأشباه ذلك، فلا يختصّ الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء فقط.

وذهب القاضي أبو يعلىٰ، وأبو الخطّاب إلىٰ: أنّه ليس هذا على طريق التحديد، بل حريمها في الحقيقة ما تحتاج إليه في ترقية مائها منها، فإن كان بدولاب فقدر مدّ الثور أو غيره، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر؛ لما روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «حريم البئر مدّ رشائها»، ولأنّه المكان الذي تمشي إليه البهيمة، وإن كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها.

←

المراد: أنّ من حفر بئراً في أرض موات فإنّه يملك من كلّ جهة من جهاتها الأربع أربعين ذراعاً تسمّى: حريماً للبئر.

كما أنّ حريم العين المستخرجة خمس مائة ذراع.

أمّا الذي ذكره فقهاؤنا في هذا المقام فهو: أنّ حريم الطريق شارعاً أو غيره إلى الأملاك أو غيرها خمسة[1]، وقال الأكثر: سبعة[2]، فلا يجوز الأقلّ ويجوز الأكثر، بل قد يجب عند الحاجة.

وحريم العين ألف ذراع في الأرض الرخوة وخمس مائة في الصلبة بمعنى: أنّه لا يجوز لغيره أن يستخرج عيناً في هذه المساحة، فإن أحياها

← قارن: بدائع الصنائع ٨: ٣١١ ـ ٣١٢، المغني ٦: ١٨٠ ـ ١٨١، الاختيار ٣: ٦٨، تبيين الحقائق ٦: ٣٦، التاج والإكليل ٦: ٣، مواهب الجليل ٦: ٣، نهاية المحتاج ٥: ٣٣٦، شرح الزرقاني على الموطّأ ٧: ٦٥، الشرح الصغير للدردير ٤: ٨٩، حاشية ردّ المحتار ٦: ٤٣٤ ـ ٤٣٥.

وبالنسبة للأحاديث المذكورة في هذه المسألة فراجع: سنن ابن ماجة ٢: ٨٣١، نصب الراية ٤: ٢٩٢.

(١) قال النجفي: (وعلى كلّ حال، فظاهر المصنّف اختيار الخمس، كالفاضل في بعض كتبه ومحكي المقتصر خاصّة. لكن عن الفخر نسبته إلى كثير، بل [عن] الحواشي والإرشاد نسبته إلى الأكثر وإن كنّا لهم نتحقّقه). (الجواهر ٣٨:٣٧).

وراجع: الشرائع ٤:٧٩٢، قواعد الأحكام ٢:٢٦٨، الإيضاح ٢:٢٣٢، المقتصر ٣٤٩.

(٢) لاحظ: النهاية ٤١٨، السرائر ٢:٣٧٤، التحرير ٢:١٣٠، المختلف ٦:١٧٤، الإيضاح ٢:٢٣٢، الدروس ٣:٦٠، جامع المقاصد ٧:٢٣.

ونُسب للقاضي في المهذّب البارع ٤:٢٨٥، وهو الأولى عند الشهيد الثاني في المسالك ١٢:٤٠٩.

هذا، وبالنسبة للمقادير الآتية راجع: الشرائع ٤:٧٩٣، المسالك ١٢:٤١١ و٤١٣ ـ ٤١٤، الرياض ١٤:١١٧ و١١٨ ـ ١١٩.

كانت له، وإلاّ جاز لغيره إحياؤها.

ولازمه جواز استخراج بئر أُخرى للآخر.

وحريم بئر الناضح ـ أي: البعير الذي يسقي الزرع ـ ستّون ذراعاً.

وبئر المعطن ـ أي: البئر التي تسقى الأبل منها وتشرب من مائها ـ أربعون ذراعاً.

وحريم الحائط والدار مطرح آلاته من تراب ورماد وكناسة ونحوها.

وكلّ هذه المقادير بين ما ورد رواية به[1]، وبين ما اقتضاه الاعتبار والعرف.

ولذا أهمل بعض الفقهاء اعتبارها، وأرجع التقدير إلى حدّ الضرر، فلكلّ واحد من تلك العناوين من الأرض حولها ما تقتضيه حاجته عرفاً، وما يستلزم تطرّق الضرر عليه في الأقلّ منه.

وليس هنا تعبّد شرعي بمقدار معيّن، بل الأحاديث الواردة في هذه المواضع ناظرة إلى العرف في تلك الأعصار.

فالأصحّ إناطة ذلك إلى نظر أولياء الأُمور الصالحين المصلحين حسبما تقتضيه المصالح العامّة والخاصّة، وهي تختلف باختلاف الأزمان والبلدان والظروف والأحوال مع التجرّد عن الأغراض والإخلاص لله تعالى وللأُمّة في النيّة والعمل، والله ولي التوفيق، وهو العالم بالسرائر.

---

(١) قارن: الكافي ٥:٢٩٥ ـ ٢٩٦، التهذيب ٧:١٣٠ و١٤٥، الوسائل الصلح ١:١٥ (١٨:٤٥٥) إحياء الموات ١١:٣ و٥ و٦ (٢٥:٤٢٥ و٤٢٦).

(مادّة :١٢٨٨) إذا حفر شخص بئراً في خارج حريم بئر فذهب ماء البئر الأُولى إلى الثانية فلا شيء عليه[1] .

هذا إذا لم يعد بنظر العرف تسبيباً لمنع الماء عن الأُولى، وإلّا فهو مشكل، وكذا في قضية الدكّان .

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٩:

(إذا حفر أحد بئراً في خارج حريم بئر فتسرّبت مياه البئر الأُولى إلى تلك البئر فلا يلزم شيء . كما أنّه لو فتح أحد دكّاناً بجانب دكّان آخر وكسدت تجارة الأوّل فلا تغلق الثانية) .

انظر : الفتاوى الهندية ٥ :٣٨٨، حاشية ردّ المحتار ٦ :٤٣٦ .

الفصل السابع

في بيان المسائل العائدة إلى أحكام الصيد

(مادّة: ١٢٩٢) الصيد جائز[١].

المشهور عند فقهائنا أنّ صيد اللهو حرام، وسفره سفر معصية يوجب التمام[٢]، وإنّما يحلّ الصيد إذا كان للكسب والتجارة أو للقوت.

وهو من المباحات العامّة التي تملك بالحيازة، ولا يكون إلّا للحيوان الممتنع.

وهو لا يخلو إمّا أن يكون في الهواء، أو في الماء، أو على الأرض.

ولكلّ واحد من هذه المواضع آلآت تخصّها، وآلآت تشترك فيها.

وقد ذكرت (المجلّة) في هذه المادّة بعضاً من المختصّة والمشتركة.

---

(١) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٤٩:

(صيد الصيد جائز سواء كان بالآلات كالرمح والبندقية ، أو بالحيوانات كالكلب المعلّم ، أو بالجوارح كالبازي المعلّم).

راجع: بدائع الصنائع ٦:٢١٩ ـ ٢٢١، تبيين الحقائق ٦:٥٠، البناية في شرح الهداية ١١:٤٦٩ و٤٧١، الفتاوى الهندية ٥:٤٢٢، تكملة البحر الرائق ٨:٢٢٠، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٦٣.

(٢) ادّعى النجفي عدم الخلاف في الجواهر ١٤:٢٦٣، ولاحظ العروة الوثقىٰ ١:٦٨٨.

فالآلات الجارحة ـ كالرمح والسهم والبندقة[1] ـ تشترك في صيد ما في الهواء وما في الأرض، ويختصّ الكلب والجوارح بصيد ما على الأرض، وتشترك الشبكة بصيد ما في الأرض وما في الماء.

ثمّ إنّ (المجلّة) لم تستوف شروط حليّة الصيد، وهي أهمّ ما في المقام، فنقول:

إنّ الآلة إذا أصابت الصيد، فإن بقي حياً وأُدرك حياته وكان مأكول اللحم لم يحل أكله إلّا بتذكيته الشرعية، وإن مات واستند موته إلى تلك الآلة حلّ أكله، ولكن بشروط:

١ ـ أن يكون الحيوان حلال الأكل كالبقر الوحشي والحمر الوحشية والوعل والغزال، لا كالثعالب والأرانب ونحوها من الوحوش وإن حلّ استعمال جلودها بالتذكية.

٢ ـ التسمية عند إرسال الكلب أو إطلاق السهم أو البندقة.

فلو لم يسم عمداً حرم الصيد إذا لم يدرك ذكاته، ولو نسيها حلّ.

٣ ـ القصد إلى الصيد.

فلو رمى لاهياً فأصاب حيواناً لم يحل.

٤ ـ أن يكون المرسل مسلماً.

فلو كان كافراً لم يحل.

---

(١) البُندُق: الذي يرمى به، الواحدة بندقة. (الصحاح ٤: ١٤٥٢).

٥ ـ أن يقتل السهم وما بحكمه من الآلات بحده لا بثقله.

يعني: أن يكون محدّداً ولو من غير نصل، فيخرق الجلد واللحم ويقتل الصيد.

٦ ـ أن لا يغيب عنه وحياته مستقرّة.

فلو غاب ثمّ مات ـ ولو بعد ساعة ـ ولم يعلم أنّ الموت استند إلى الكلب أو السهم لم يحل.

٧ ـ أن يستند الموت إلى الكلب أو الآلة.

فلو أصابه السهم وتردّى من شاهق أو وقع في نهر فمات غرقاً لم يحل.

٨ ـ أن لا يكون الحيوان مملوكاً.

فلو ظهرت عليه آثار الملكية كجرس في رجله أو طوق في عنقه لم يحل صيده ولا أكله.

وممّا ذكرنا يظهر ما في مواد هذا الفصل من (المجلّة)، مثل:

(مادّة:١٢٩٣) الصيد هو: الحيوان المستوحش من الإنسان[1].

فإنّ المدار ليس على استيحاش الحيوان، بل المدار على كونه ممتنعاً

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٠:

(الصيد هو: الحيوان البرّي المتوحّش، أي: الذي يخاف وينذعر منه الإنسان).

لاحظ: بدائع الصنائع ٦:١٧٧، تبيين الحقائق ٦:٥٠، الفتاوى الهندية ٥:٤١٧، تكملة البحر الرائق ٨:٢٢٠، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٦١.

بذاته؛ لقدرته على الطيران بجناحه أو العدو برجله. فالحمام الذي يأوي إلى البيوت ويسكن فيها مع أهلها مستأنس غير مستوحش، ومع ذلك يجوز صيده.

ومثل:

(مادّة: ١٢٩٤) كما أنّ الحيوانات الأهلية لا تصاد، كذلك الحيوان البرّي المستأنس بالإنسان لا يصاد.

بناءً على ذلك الحمام المعلوم أنّه غير برّي بدلالة أمثاله أو الصقر الذي برجله الجرس أو الغزال الذي في عنقه الطوق إذا أمسكها أحد تكون من قبيل اللقطة، فيلزمه الإعلان بها كي تعطى لصاحبها[١].

فإنّها مختلّة منحلّة، ضرورة أنّ الحمام والصقر والغزال الحاملة لتلك العلائم والأوسمة إنّما لم يصح صيدها؛ لأنّها مملوكة للغير، لا من جهة أنّها مستأنسة بالإنسان.

ألا ترى أنّ الحمام المستأنس في بيوت الناس يصحّ صيده إذا لم يكن عليه علامة ملك سابق؟!

فالاستئناس والتوحّش لا ربط له بقضية الصيد أصلاً. إنّما المهمّ أن لا

---

(١) وردت المادّة باللفظ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٠:

(كما لا تصطاد الحيوانات الأهلية، لا تصطاد الحيوانات البرّية المستأنسه بالإنسان أيضاً. فلو أمسك أحد الحمام المعلوم أنّه غير برّي بدلالة أمثاله أو الصقر الذي برجله الجرس أو الغزال الذي في عنقه الطوق فهو من قبيل اللقطة، فيجب على ممسكها أن يعلن عنها لتعطى لصاحبها عند ظهوره).

قارن: الفتاوى الهندية ٥: ٤١٨ و٤٣٠، حاشية ردّ المحتار ٦: ٤٦١.

يكون مملوكاً وأن يكون ممتنعاً، كما في:

(مادّة: ١٢٩٥) شرط الصيد كونه ممتنعاً عن الإنسان... الخ[(١)].

وهذا ـ أي: الامتناع ـ هو المدار في ملكية الصيد.

فمن رمى حيواناً وأصابه بحيث لا يقدر على الفرار وزالت منه قدرة الامتناع ملكه، وإلّا فلغيره أن يصيده ويملكه، كما في:

(مادّة: ١٢٩٧) الصيد لمن أمسكه[(٢)].

(مادّة: ١٣٠٠) في ساقية شخص وجدوله سمك لا يمسك من غير

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٠ وردت المادّة بصيغة:

(يشترط أن يكون الصيد ممتنعاً عن الإنسان، أي: بحالة يمكنه معها الفرار والتخلّص برجليه أو جناحيه.

فإذا صار إلى حالة لا يقدر معها على الفرار والخلاص ـ كوقوع غزال مثلاً في بئر ـ فيكون قد خرج من حال الصيدية).

انظر: الفتاوى الهندية ٥:٤١٧، تكملة البحر الرائق ٨:٢٢١، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٦٢.

(٢) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٠:

(مثلاً: إذا رمى شخص صيداً فجرحه بصورة لا يقدر على الفرار والخلاص معها صار مالكاً له.

أمّا إذا جرحه جرحاً خفيفاً ـ أي: بصورة يمكنه الفرار والتخلّص معها ـ فلا يملكه، فإذا ضربه آخر أو أمسكه بصورة أُخرى يكون مالكاً.

وكذا لو أصاب شخص صيداً وبعد أن أوقعه نهض ذلك الصيد وهرب فأخذه آخر فيملكه).

راجع: المجموع ٩:١٢٩ ـ ١٣١، مغني المحتاج ٤:٢٧٨، الفتاوى الهندية ٥:٤١٨، كشّاف القناع ٦:٢٢٥، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٦٣.

صيد فللآخر أن يمسكه[١].

كلا، فقد عرفت أنّ كلّ مال في ملك الإنسان غير مملوك لأحد فهو ملك له بالتبعية سواء أعمل السبب في وجوده أم لا.

فلا يحلّ لأحد أن يملك شيئاً هو في بئري، أو نهري، أو أرضي، أو جدولي، وهكذا أمثال ذا.

(مادّة: ١٣٠١) شخص هيّأ محلاً في حافة الماء لأجل صيد السمك... إلى آخرها[٢].

لا تخلو من إشكال؛ فإنّ حفر الحفيرة كنصب الحظيرة بقصد صيد السمك موجب لملكية كلّ ما يدخل فيها لصاحب الحفيرة أو الحظيرة سواء كان الماء كثيراً أو قليلاً محتاجاً إلى الصيد أو لا.

(مادّة: ١٣٠٢) إذا دخل صيد دار إنسان فأغلق بابه ـ لأجل أخذه ـ يصير مالكاً.

---

(١) وردت المادّة باللفظ الآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٠:

(لآخر أن يصيد ويتملّك السمك الموجود في مجرى وجدول أحد الذي لا يمسك بدون صيد).

لاحظ الفتاوى الهندية ٥:٤١٨.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٠ وردت المادّة بصيغة:

(إذا هيّأ شخص محلاً لصيد السمك فجاءه سمك كثير، فإذا قلّت المياه وأصبح ذلك السمك يمسك بدون حاجة إلى صيده فيكون السمك لذلك الشخص، أمّا إذا كان إمساك السمك محتاجاً للصيد ـ لكثرة المياه ـ فلا يكون السمك المذكور لذلك الشخص، ولآخر أن يصيده ويتملّكه).

قارن الفتاوى الهندية ٥:٤١٨.

لكن لا يكون مالكاً بلا إحراز[١].

إغلاق الباب والإحراز لا يكفي حتّى يقبضه أو يدخله في قفص.

فلو أغلق الباب ثمّ فرّ الطير قبل إمساكه كان مباحاً، وللغير أن يصيده، بخلاف ما لو أمسكه، فقد ملكه.

ولو فرّ لم يجز لغيره صيده، ولو صاده أرجعه إلى الأوّل.

(مادّة:١٣٠٣) إذا وضع شخص شيئاً ما ـ كالشرك والشبكة ـ لأجل الصيد فوقع فيه صيد يكون لذلك الشخص.

لكن إذا نشر شبكة لأجل جفافها ووقع فيها صيد فلا يكون له[٢].

---

(١) ورد: (فيصير مالكاً له) بدل: (يصير مالكاً)، ووردت عبارة: (ولكن لا يملك بدون إحرازه بإغلاق الباب، فلذلك لو أمسكه آخر يملكه) بدل عبارة: (لكن لا يكون مالكاً بلا إحراز) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥١.

انظر: الفتاوى الهندية ٥:٤١٨، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٦٣.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥١ وردت زيادة: (في محلٍّ) بعد كلمة: (شخص)، و: (أحد) بعد كلمة: (نشر)، وورد: (بقصد تجفيفها في محلٍّ) بدل: (لأجل جفافها)، و: (فوقع فيها) بدل: (ووقع فيها)، و: (ملكاً له) بدل: (له).

ووردت زيادة:

(كما أنّه لو وقع صيد في حفرة في أراضي أحد فيجوز لآخر أن يتملّكه بأخذه.

لكن إذا حفر صاحب الأرض تلك الحفرة لأجل الصيد فيصير أحقّ بالصيد من سائر الناس. انظر مادّة: ١٢٥٠).

ومن هذه المادّة يستبين أنّ الحنفية ـ في حكم المسألة ـ قد فرّقوا بين ما كان موضوعاً للاصطياد كالشبكة، وبين ما لم يكن موضوعاً له كالفسطاط مثلاً، فلم يشترطوا في الأوّل القصد واشترطوه في الثاني.

←

وذلك للقصد في الأوّل وعدمه في الثاني، وكذلك في المثال الثاني.

(مادّة: ١٣٠٤) إذا اتّخذ حيوان وحشي في بستان عشّاً... إلى آخرها[1].

تقدّم الكلام في نظائرها، فلا تغفل.

← وقيّد الشافعية والحنابلة التملّك بقصد الاصطياد، فإنّ مجرّد نصب الشبكة أو الحبالة لا يكفي حتّى يقصد نصبها للصيد.

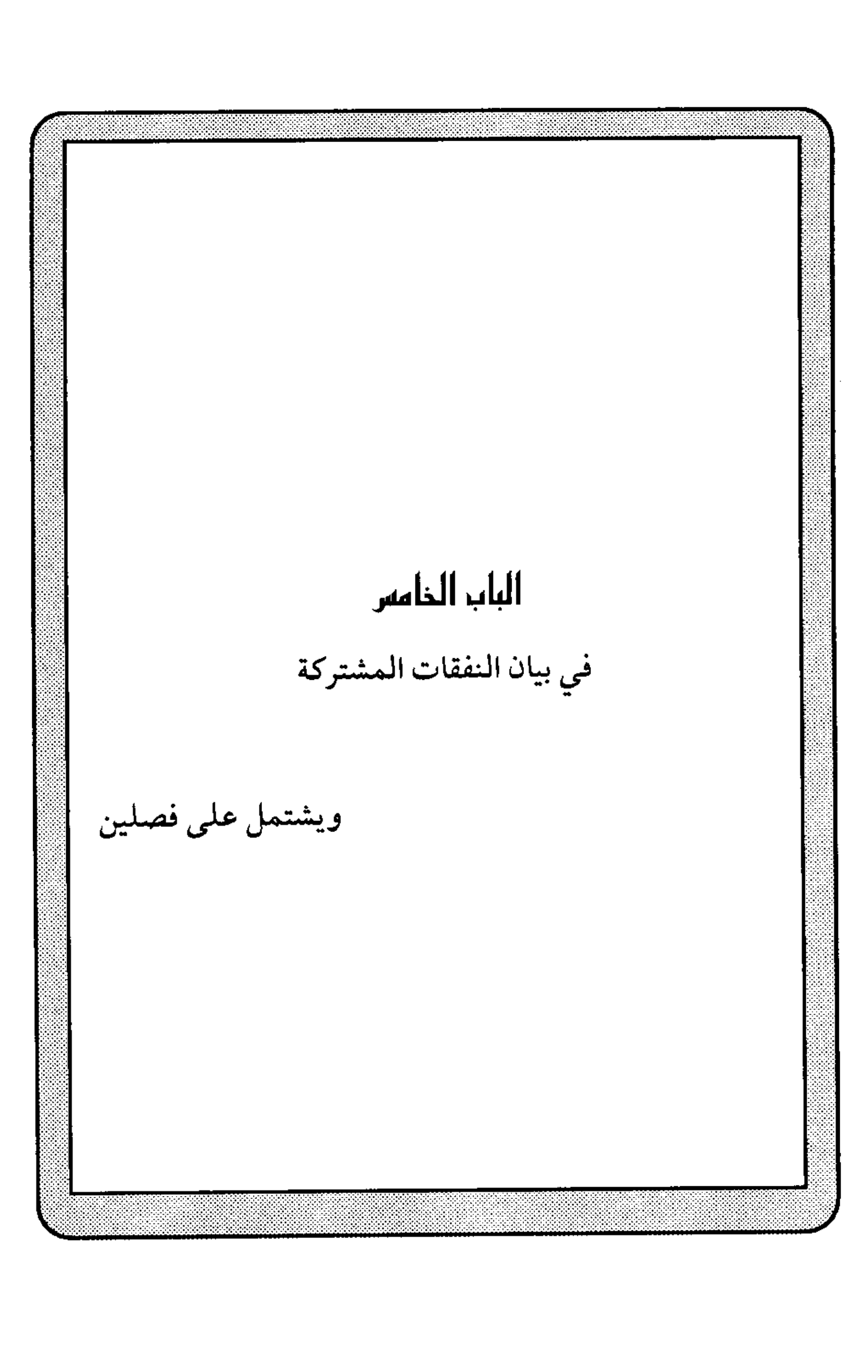
راجع: مغني المحتاج ٤:٢٧٨ ـ ٢٧٩، كشّاف القناع ٦:٢٢٥، الفتاوى الهندية ٥:٤١٧ و٤١٨، حاشية ردّ المحتار ٦:٤٦٣.

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥١ وردت المادّة بلفظ:

(إذا عشّش حيوان برّي في بستان أحد وباض فيه فلا يكون ملكاً له. فإذا [جاء آخر وأخذ] بيضه أو نتاجه فليس لصاحب البستان استرداده.

ولكن إذا هيّأ صاحب البستان بستانه لأجل أن تبيض وتلد الحيوانات البرّية فيه فيكون بيض ونتاج الحيوانات التي جاءت وباضت وأنتجت له).

لاحظ: كشّاف القناع ٦:٢٢٥، الفتاوى الهندية ٥:٤١٨.



الباب الخامس

في بيان النفقات المشتركة

ويشتمل على فصلين

الفصل الأوّل

في بيان عمارات الأموال المشتركة وسائر مصارفها

جميع مواد هذا الفصل ضرورية واضحة لا كلام فيها.

نعم:

(مادّة: ١٣١٢) إذا طلب شخص عمارة الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه ممتنعاً وعمّره بدون إذنه يكون متبرّعاً.

يعني: لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصّته.

وإن كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فبناءً على: (مادّة: ٢٥) لا يجبر على العمارة، لكن يجبر على القسمة[١].

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٢:

(إذا طلب أحد تعمير الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه ممتنعاً وعمّر من نفسه يكون متبرّعاً.

أي: لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصّته.

وإذا راجع ذلك الشخص القاضي ـ بناءً على امتناع شريكه ـ على هذا الوجه فلا يجبر على التعمير بناءً على (مادّة: ٢٥)، ولكن يسوغ أن تقسم جبراً، ويفعل ذلك الشخص ـ بعد القسمة ـ في حصّته ما يشاء).

قارن: الفتاوى الخانية ٣:١١٢ و١١٥، البحر الرائق ٧:٣٠، حاشية ردّ المحتار ٥:٤٤٣.

(**مادّة: ٢٥**) هي: الضرر لا يزال بمثله[١]، ولا ربط لها بالمقام؛ فإنّ عمارة الشريك للدار المشتركة - مثلاً - ليس من الضرر أصلاً، بل هو إصلاح ونفع، فقد دفع الضرر عن نفسه وعن شريكه، ولكن لا يضرر شريكه بل ينفعه.

وبالجملة: فإذا عمّر بإذن الحاكم استحقّ الرجوع على شريكه بلا إشكال، ولو عمّر بدون إذنه ودون إذن الحاكم فلا رجوع.

وهذه قاعدة مطّردة في هذا الباب.

ومنه يظهر الوهن فيما ذكروه في:

(مادّة: ١٣١٣) وإن عمّر من غير إذن الحاكم فلا ينتظر إلى مقدار ما صرف، ولكن له أن يستوفي المقدار الذي أصاب حصّة شريكه من قيمة البناء[٢].

فإنّ المتصرّف بدون إذن المالك والشارع متبرّع لا حقّ له إلّا في أحوال استثنائية وضرورات فرضية، فليتدبّر.

---

(١) تقدّم ذكر هذه المادّة في ج ١ ص ١٤٢.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٢ ورد صدر المادّة بلفظ:

(إذا احتاج الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة - كالطاحون والحمّام - إلى العمارة وطلب أحد صاحبيه تعميره وامتنع شريكه فله ان يصرف قدراً معروفاً من المال ويعمّره بإذن القاضي، ويكون مقدار ما أصاب حصّة شريكه من مصاريف التعمير ديناً عليه، وله أن يؤجّر ذلك الملك المشترك ويستوفي دينه هذا من أُجرته).

وورد: (إذا عمّر) بدل: (إن عمّر): ووردت آخر المادّة زيادة: **(وقت التعمير على الوجه المشروح).**

انظر: الفتاوى الخانية ٣: ١٠٨ - ١٠٩، حاشية ردّ المحتار ٥: ٤٤٤ و٦: ٢٧١ - ٢٧٢.

والقاعدة المطّردة في باب الشركة ما سبقت الإشارة إليه غير مرّة[1] من أنّ الشريكين إن اتّفقا على إجارة أو عمارة أو سكنى أو غير ذلك فهو، وإلاّ فالمرجع إلى حاكم ليحكم بالحقّ فيما بينهم ويحلّ عقدة الخصومة.

فإن تصرّف أحدهما بدون إذن الشريك وإذن الحاكم فتصرّفه باطل لا يستحقّ عوضاً عليه ولا أجراً ولا أُجرة.

وهذا مطّرد في ملك كلّ مشترك من دار وعقار وحيوان وغيرهما، فليتدبّر.

---

(١) سبقت الإشارة في ص ٣٣٥ و ٣٣٧ و ٣٤٤.

الفصل الثاني

في حقّ كري النهر والمجاري وإصلاحها

(مادّة : ١٣٢١) كري النهر الذي هو غير مملوك [أو] إصلاحه على بيت المال ، فإن لم يكن وسعة في بيت المال يجبر الناس على كريه[١] .

إنّما يجبر الناس على كريه إذا كان نفعه يعود إليهم . أمّا لو لم يكن لهم فيه منفعة فلا وجه لجبرهم .

(مادّة : ١٣٢٥) النهر العامّ مملوكاً أو غير مملوك إن كان في حافّة أرض لأحد وليس من غيرها طريق فللعامّة المرور من تلك الأرض لأجل الاحتياجات ـ كشرب الماء وإصلاح النهر ـ وليس لصاحبها المنع[٢] .

هذا من باب تقديم الصالح العامّ على المصلحة الخاصّة الذي يمكن

---

(١) وردت المادّة باللفظ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٣ :

(كري النهر غير المملوك أو إصلاحه أو تطهيره على بيت المال ، فإن لم يكن سعة في بيت المال فيجبر الناس على تطهيره) .

لاحظ : بدائع الصنائع ٨ : ٣٠١ ، تبيين الحقائق ٦ : ٤٠ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢١٤ .

(٢) وردت المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٤ ـ بصيغة :

(إذا كان لأحد محلّ على ضفّة نهر عامّ ـ سواء كان غير مملوك أو مملوكاً ـ وكان لا يوجد طريق آخر يمّر منه لأجل الاحتياجات ـ كشرب الماء وكرى النهر ـ فللعامّة المرور من ذلك المحلّ ، وليس لصاحبه المنع) .

راجع : تبيين الحقائق ٦ : ٤٢ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢١٦ .

أن يخصّص قاعدة: (الناس مسلّطون على أموالهم) و«لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه»[١].

والمسألة معقّدة تحتاج إلى مزيد تأمّل واستقصاء.

وباقي مواد هذا الفصل[٢] واضحة.

---

(١) الوسائل مكان المصلّي ٣:١ و٣ (١٢٠:٥) بأدنىٰ تفاوت.
وانظر: مسند أحمد ٧٢:٥، سنن الدارقطني ٢٦:٣، السنن الكبرى للبيهقي ١٠٠:٦، كنز العمّال ٩٢:١.

(٢) صيغ المواد الباقية ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٤ ـ كالآتي:
(مادّة:١٣٢٦) تبتدئ مؤونة كرى النهر المشترك وإصلاحه من الأعلى، ويشترك في الابتداء جميع أصحاب الحصص في ذلك، فعند المرور والتجاوز من أراضي الشريك الذي في الطرف الأعلى من النهر يخلص، وهكذا ينزل إلى أسفله؛ لأنّ الغنم بالغرم، انظر (مادّة:٨٧).
مثلاً: إذا لزم كرى النهر المشترك بين عشر أشخاص فمصارف أعلى حصّة شريك إلى نهاية أراضيها تقسّم على جميعهم وما بعدها على التسعة، وإذا مُرّ من أراضي الثاني فعلى الثمانية، ثمّ يُسار على هذا السياق، ويشترك صاحب الحصّة التي في منتهى الأسفل في جميع المصرف، ويقوم في الآخر بمصرف حصّته وحده.
فعلى هذا الوجه يكون مصرف الشريك صاحب الحصّة التي في أقصى العلو أقلّ من الجميع، ومصرف صاحب الحصّة الواقعة في منتهى الأسفل أكثر من الجميع.
(مادّة:١٣٢٧) مؤونة نزح المجارير المشتركة تبتدئ من الأسفل، فيشترك الجميع في مصرف حصّة المجرور الواقع في عرصة صاحب الحصّة السفلى، وكلّما تجوز منه إلى ما فوقه يبرأ صاحب تلك الحصّة، وهكذا يبرؤون واحداً واحداً، وصاحب الحصّة العليا حصّته وحده، فلذلك يكون مصرف صاحب الحصّة السفلى أقلّ من الجميع، ومصرف صاحب الحصّة العليا أكثر منهم.
(مادّة:١٣٢٨) تعمير الطريق الخاصّ أيضاً يبدأ من الأسفل كالمجارير، ويعتبر فمه ـ أي:
←

....

← مدخله ـ أسفل ومنتهاه أعلى، ويشترك صاحب الحصّة التي في مدخله في مصارف التعمير العائدة إلىٰ حصّته.

أمّا صاحب الحصّة التي في منتهاه فعدا عن اشتراكه في مصرف حصّة كلّ واحد منهم تعمل حصّته وحده.

قارن حاشية ردّ المحتار ٦:٤٤٢.

الباب السادس

[في بيان تعريف شركة العقد وتقسيمها]

[ويحتوي على ستّة فصول]

[الفصل الأوّل]

في بيان تعريف شركة العقد وتقسيمها

(مادّة: ١٣٢٩) شركة العقد عبارة عن: عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهم[١].

قد ذكرنا أنّ هذه هي المقصودة بالأصالة من الشركة التي ذكرها الفقهاء في باب المعاملات والعقود[٢]، وحيث إنّها موقوفة على امتزاج المالين بحيث لا يتميّزان ذكروا ـ من باب المقدّمة ـ أنواع الشركات الموجبة لامتزاج المالين أو صيرورة المال الواحد لاثنين أو أكثر حتّى تتحقّق الشركة فيه.

ومن هنا تعرف أنّ قوام الشركة العقدية بالمالين الممتزجين، وعليهما يدور محور الشركة، وعلى نسبتهما يكون الربح والخسران لكلّ واحد من

---

(١) ورد: (أو أكثر) بدل: (فأكثر) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٤.

والمذكور في المادّة تعريف الحنفية للشركة.

أمّا المالكية فعرّفوها بأنّها: إذن كلّ واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرّف في ماله أو ببدنه له ولصاحبه مع تصرّفهما أنفسهما أيضاً.

وعرّفها الشافعية بأنّها: عقد يثبت به حقّ شائع في شيءٍ لمتعدّد.

والحنابلة بأنّها: اجتماع في تصرّف.

انظر: بدائع الصنائع ٧: ٥٠٢، المغني ٥: ١٠٩، مغني المحتاج ٢: ٢١١، مواهب الجليل ٥: ١١٧، الفتاوى الهندية ٢: ٣٠٢، اللباب ٢: ١٢٢.

(٢) تقدّم ذكر ذلك في ص٣٢٢ ـ ٣٢٣ و ٣٢٥.

الشريكين سواء تساويا في العمل أو اختلفا، فإنّما يتساويان في الربح حيث يتساويان به، ويختلفان فيه على مقدار اختلافهما فيه، وكذا الخسران.

هذا مع إطلاق العقد.

أمّا مع الشرط فهو المتّبع سواء كان الشرط في ضمن عقد الشركة أو في ضمن عقد آخر جائز أو لازم وإن كان هنا في بعض الصور بحث ونظر لا مجال لتفصيله.

ولكن حيث إنّ الشركة المقصود منها الاسترباح، والاكتساب عقد، والعقد لا يتحقّق إلّا بالإيجاب والقبول، نصّت:

(مادّة: ١٣٣٠) ركن شركة العقد الإيجاب والقبول لفظاً أو معنىً(١).

---

(١) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٥ ـ هي:

(مثلاً: إذا أوجب أحد بقوله لآخر: شاركتك بكذا درهماً رأس مال للأخذ والإعطاء، وقبل الآخر بقوله: قبلت، فبما أنّهما إيجاب وقبول لفظاً فتنعقد الشركة.

وإذا أعطى أحد ألف درهم لآخر وقال له: ضع أنت ألف درهم عليها واشتر مالاً، وفعل الآخر مثل ما قال له، فتنعقد الشركة لكونه قبل معنىً).

وتقوم دلالة الفعل مقام دلالة اللفظ عند الحنفية كما في هذه المادّة، وهو مذهب المالكية، والحنابلة. أمّا الشافعية فلا يقوم الفعل مقام اللفظ عندهم.

والعلّة فيما ذهب إليه أصحاب المذهب الأوّل هو: أنّهم لا يعتبرون في الصيغة هنا إلّا ما يدلّ على الإذن عرفاً، ولو لم يكن من قبيل الألفاظ أو ما يجري مجراها، كالكتابة وإشارة الأخرس المفهمة.

ولذا ينصّ المالكية على: أنّه لو قال أحد اثنين للآخر: شاركني، فرضي بالسكوت، كفىٰ، وأنّه يكفي خلط المالين أو الشروع في أعمال التجارة للشركة.

←

يعني: لا يعتبر فيها لفظ مخصوص وصيغة خاصّة، بل يكفي كلّ ما دلّ على ذلك.

ولكن الصيغة المذكورة في هذه المادّة غير وافية بالمعنى المقصود، بل اللازم أن يمزجا المالين إن كانا خارجين.

أمّا لو كان مشتركاً ـ بأن ورثا مالاً أو كان لهما على ذمّة مديون ـ فلا حاجة إليه، فيقول أحدهما للآخر: شاركتك علىٰ العمل بهذا المال والاسترباح به، فيقول الآخر: قبلت، ويلزمهما العمل معاً.

فإن كان بينهما شرط ذكراه في العقد، وإلّا فالمقدار علىٰ نسبة المالين زيادة ونقيصة مناصفة أو مثالثة أو غير ذلك، وتجري علىٰ النسبة التامّة، إلّا مع الشرط فيتّبع.

(مادّة: ١٣٣١) شركة العقد تنقسم إلىٰ قسمين:

← كما ينصّ الحنابلة على: أنّه يكفي أن يتكلّما في الشركة ثمّ يحضرا المال عن قرب ويشرعا في العمل.

والعلّة فيما ذهب إليه الشافعية هو: أنّ الأصل حفظ الأموال على أربابها، فلا ينتقل عنه إلّا بدلالة لها فضل قوّة، حتّى لقد ضعّف الشافعية وجهاً عندهم بانعقاد الشركة بلفظ: اشتركنا؛ لدلالته عرفاً على الإذن في التصرّف، ورأوا أن لا كفاية فيه حتّىٰ يقترن بالإذن في التصرّف من الجانبين؛ لاحتمال أن يكون إخباراً عن شركة ماضية أو عن شركة ملك قائمة لا تصرّف فيها.

وهم يصحّحون انعقادها شركة عنان بلفظ المفاوضة إذا اقترن بنيّة العنان، وإلّا فلغو؛ إذ لا مفاوضة عندهم، وغاية ما يصلح له لفظها عندهم أن يكون كناية عنان بناءً على صحّة العقود بالكنايات.

راجع: بدائع الصنائع ٧:٥٠٢، بداية المجتهد ٢:٢٥٢، الإنصاف ٥:٣٧١ ـ ٣٧٢، مغني المحتاج ٢:٢١٢ و٢١٣، الفتاوى الهندية ٢:٣٠١، اللباب ٢:١٢٢.

فإذا عقد الشريكان عقد الشركة بينهما علىٰ المساواة التامّة... الخ[١].

عرفت أنّ عقد الشركة إذا وقع علىٰ نحو الإطلاق اقتضىٰ المساواة حسب المالين، فإن تساويا في المقدار كان لكلٍّ منهما النصف تساويا في

---

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٥:

(تنقسم شركة العقد إلى قسمين:

فإذا عقد الشركاء عقد الشركة بينهم بشرط المساواة التامّة، وأدخلوا مالهم الذي يصلح أن يكون رأس مال للشركة في الشركة، وكانت حصصهم متساوية في رأس المال والربح، تكون الشركة شركة مفاوضة.

فعليه إذا توفّى أحد فلأولاده أن يعقدوا شركة مفاوضة باتّخاذهم مجموع الأموال التي انتقلت إليهم من أبيهم رأس مال على أن يشتروا ويبيعوا كلّ نوع من الأموال وأن يقسم الربح بينهم على التساوي.

ولكن وقوع شركة كهذه على المساواة التامّة نادر.

وإذا عقدوا الشركة بدون اشتراط المساواة التامّة تكون شركة عنان).

وبلحاظ هذه المادّة مع التي تليها يمكن القول: بأنّ شركة المفاوضة لم يجوّزها سوى الحنفية.

وقيل: جوّزها مالك.

وشركة الأعمال والوجوه تجوز عند الحنفية، والحنابلة، خلافاً للشافعية، وكذا المالكية في شركة الوجوه خاصّة التي سمّوها: شركة الذمم.

وشركة العنان متّفق عليها.

وقد انفرد المالكية بشركة الجبر، وهي: استحقاق شخص الدخول مع مشتري سلعة لنفسه من سوقها المعدّ لها على وجه مخصوص.

لاحظ: المبسوط للسرخسي ١١:١٥٣ و١٥٤، بدائع الصنائع ٧:٥٠٥، بداية المجتهد ٢:٢٥٠ و٢٥٣ و٢٥٤، فتح العزيز ١٠:٤١٤ و٤١٥، المجموع ١٤:٧٢ و٧٤ و٧٥، البحر الزخّار ٥:٩٤، الإنصاف ٥:٣٦٧ و٤١٤ و٤١٦ و٤٢٠، مغني المحتاج ٢:٢١٢، الفتاوى الهندية ٢:٣٠١ و٣٠٧ و٣١٩، اللباب ٢:١٢٢ و١٢٥.

العمل أم لا، وإن اختلف المقدار فلكلّ واحد من الربح والخسران على حسب ماله تساوي العمل أم اختلف، ولا حاجة إلىٰ شرط ذلك في العقد.

نعم، لو اتّفقا علىٰ التفاوت لم يلزم إلّا بالشرط في عقد لازم، أمّا في عقد الشركة المتّفق علىٰ جوازه فالأصحّ الصحّة أيضاً، وحاله حال الشروط في العقود الجائزة.

ثمّ إنّ هذا النحو من الشركة هو العنان عندنا[١].

ولعلّ وجه التسمية أنّ عنان المالين بيد الشريكين علىٰ حدٍّ سواء.

ويظهر من هذه المادّة أنّ غير الإماميّة يسمّونها: شركة المفاوضة[٢]. أمّا شركة العنان عندهم فهي: التي لم يشترط فيها المساواة[٣].

وحينئذٍ فوجه التسمية غير واضح.

والخلاصة: أنّه لا تصحّ عند الإمامية إلّا الشركة علىٰ المالين الممتزجين حسبما عرفت، ويسمّونها: شركة العنان، وكلّ شركة علىٰ غير المالين فهي باطلة عندهم.

فلا تصحّ شركة المفاوضة ويعنون بها: أن يتعاقد اثنان أو أكثر علىٰ أن يكون بينهما علىٰ السواء أو التفاضل كلّ ما يربحان من غنيمة أو تجارة أو حيازة أو ميراث أو غير ذلك من موارد الانتفاع والفائدة، كما أنّ عليهما كلّ ما

---

(١) قارن: التنقيح الرائع ٢:٢٠٩، جامع المقاصد ٨:١٠، الروضة البهيّة ٤:١٩٨، المسالك ٤:٣٠٩ ـ ٣١٠، الرياض ٩:٣٢٠، العروة الوثقىٰ ٢:٤٧٧.

(٢) انظر الجواهر ٢٦:٢٩٨.

(٣) سبق في ص٤٦٩ ـ ٤٧٠.

يغرمان من خسارة في تجارة أو جناية أو غيرها[١].

وكذا لا تصحّ شركة الأبدان: بأن يتعاقدا علىٰ الاشتراك فيما يحصل من أعمالهم اتّفق العمل أو اختلف[٢].

ولا شركة الوجوه: بأن يتعاقد وجهان لا مال لهما علىٰ أن يبتاعا في الذمّة إلىٰ أجل ثمّ يبيعان ويؤدّيان الأثمان تدريجاً ويقتسمان الفاضل[٣].

نعم، لو اشترياه مشتركاً بذمّتهما أو وكّل أحدهما الآخر في الشراء صحّ وكان الربح لهما.

كما أنّ أحدهما لو صالح الآخر نصف منافعه إلىٰ أجل معيّن بنصف منافع الآخر صحّ؛ لأنّ الصلح يحتمل من الجهالة ما لا يحتمله غيره من العقود.

ومن جميع ما ذكرنا هنا يتّضح بعض الكلام في:

(مادّة: ١٣٣٢) الشركة ـ سواء كانت مفاوضة أو عناناً ـ إمّا شركة أموال... إلىٰ الآخر[٤].

---

(١) لاحظ: الانتصار ٤٧٢، التذكرة ٢: ٢٢٠، التنقيح الرائع ٢: ٢٠٩ و ٢١٠، الرياض ٩: ٣٢٢، الجواهر ٢٦: ٢٩٦ و٢٩٨.

(٢) قارن: الإيضاح ٢: ٢٩٩، المهذّب البارع ٢: ٥٤٥، جامع المقاصد ٨: ١٠، الروضة البهيّة ٤: ١٩٩، المسالك ٤: ٣٠٧ و٣٠٨ و٣٠٩، الرياض ٩: ٣٢١.

(٣) انظر الرياض ٩: ٣٢١.

(٤) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٥:

(تكون الشركة ـ سواء كانت مفاوضة أو عناناً ـ إمّا شركة أموال، وإمّا شركة أعمال، وإمّا

←

فإنّ النوع الأوّل ـ أي: شركة الأموال ـ هي الصحيحة عندنا لا غير، وهي شركة العنان، أمّا الأنواع الأُخرىٰ ـ كشركة الأعمال وشركة الوجوه ـ فهي باطلة، كبطلان شركة المفاوضة، إلّا بالنحو الذي عرفت.

→ شركة وجوه.

فإذا وضع كلّ واحد من الشركاء مقداراً من المال ليكون رأس مال للشركة، وعقدوا الشركة على أن يبيعوا ويشتروا معاً، أو كلّ واحد على حدة، أو مطلقاً، وعلى أن يقسم ما يحصل من الربح بينهم، تكون الشركة شركة أموال.

وإذا عقدوا الشركة بأن جعلوا عملهم رأس مال على تقبّل العمل من آخر ـ أي: تعهّده والتزامه ـ وعلى أن يقسّموا الكسب الذي سيحصل ـ أي: الأُجرة بينهم ـ فتكون شركة أعمال.

وتسمّىٰ هذه أيضاً: شركة أبدان، وشركة صنائع، وشركة تقبّل، كاشتراك خيّاطين، أو اشتراك خيّاط وصبّاغ.

وإذا عقدوا الشركة ـ مع عدم وجود رأس مال لهم ـ على أن يشتروا مالاً نسيئة على ذمّتهم ويبيعوه، وأن يقتسموا الربح الحاصل بينهم، فتكون الشركة شركة وجوه).

راجع: بدائع الصنائع ٧: ٥٠٢ و٥٠٣ و٥٠٤، الفتاوى الهندية ٢: ٣٠١، اللباب ٢: ١٢٧ و١٢٨.

[الفصل الثاني]

[بيان شرائط شركة العقد العموميّة]

ثمّ إنّ عقد الشركة عقد برأسه أثره صحّة عمل كلٍّ من الشريكين في المال المشترك بالإذن، ولا حاجة إلىٰ جعله متضمّناً وكالة كلٍّ من الشريكين للآخر في التصرّف.

وهو كعقد المضاربة الذي يضرب العامل بمال غيره ويكتسب علىٰ أنّ له حصّة في الربح، وتصرّفه بالمال الذي هو لغيره من مقتضىٰ عقد المضاربة، لا من تضمّنه الوكالة، فتدبّره.

نعم، لمّا كانت الشركة عقداً من العقود فلا ريب في أنّه يعتبر فيه جميع ما يعتبر في العقود من الشرائط العامّة: كبلوغ الشريكين، ورشدهما، وعدم الحجر عليهما، والقصد، والاختيار، وغير ذلك ممّا مرّ عليك في تضاعيف العقود.

ومنها: المعلومية، وعدم الجهالة، وتعيين حصّة كلّ واحد منهما من الربح والخسران، كما في:

(مادّة: ١٣٣٦)[١].

---

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٦:

←

(مادّة : ١٣٣٧) كون حصص الربح التي تنقسم بين الشركاء كالنصف والثلث جزءً شائعاً شرط .

فإذا تقاول الشركاء علىٰ إعطاء أحدهم كذا قرشاً مقطوعاً تكون الشركة باطلة[١] .

يعني : يشترط في صحّة عقد الشركة أن يكون توزيع الربح بينهما بنحو الكسر الشائع من ثلث وربع ونصف .

فلو جعلاه مبلغاً معيّناً ـ كمائة درهم أو عشرين ديناراً ـ بطلت الشركة ، وصارت أشبه بعقد الإجارة .

وذلك لما عرفت من أنّ عقد الشركة يتقوّم ويدور علىٰ المالين ، وتوزيع الربح بينهما بنسبتهما[٢] .

فلو جعلا لأحدهما مقداراً معيّناً صار الربح مختصّاً بأحدهما ، وهو منافٍ لجوهر عقد الشركة .

← **(يشترط بيان الوجه الذي سيقسم فيه الربح بين الشركاء ، وإذا بقي مبهماً ومجهولاً لا تكون الشركة فاسدة) .**

لاحظ : بدائع الصنائع ٧ : ٥٠٩ ، الفتاوى الهندية ٢ : ٣٠٢ .

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٦ وردت المادّة بلفظ :

(يشترط أن تكون حصّة الربح الذي سيقسم بين الشركاء جزءاً شائعاً ، كالنصف والثلث والربع .

فإذا اتّفق على أن يكون لأحد الشركاء كذا درهماً مقطوعاً من الربح تكون الشركة باطلة) .

قارن : بدائع الصنائع ٧ : ٥٠٩ ، العدّة شرح العمدة ٢٣٩ ، الفتاوى الهندية ٢ : ٣٠٢ ، الروض المربّع ٢٩٦ .

(٢) عرفت ذلك في ص٤٦٩ ـ ٤٧٠ و٤٧٢ .

الفصل الثالث

في بيان الشرائط المخصوصة في شركة الأموال

(مادّة : ١٣٣٨) كون رأس المال من قبيل النقود شرط[١].

يعني : يشترط في شركة الأموال ـ أي : شركة العنان ـ كون المال الممتزج منهما الذي تعاقدا علىٰ الاسترباح به من النقود المسكوكة من ذهب أو فضّة أو غيرهما.

ولازم هذا أنّه لو جعلا رأس المال عروضاً ـ كحنطة ونحوها ـ لم يصح عقد الشركة، مع أنّ في : **(المادّة : ١٣٤٢)** ما يظهر منه خلاف هذا، كما سيأتي.

أمّا عندنا ـ معشر الإمامية ـ فيجوز عقد الشركة علىٰ كلّ مال[٢].

نعم، يشترط أن يكون عيناً لا ديناً، وأن يكون معلوماً لا مجهولاً.

وقد تضمّنت : **(مادّة : ١٣٤١)**[٣] الأوّل، ولم تذكر الثاني.

---

(١) وردت المادّة باللفظ الآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٦ :

(يشترط أن يكون رأس المال من قبيل النقود).

انظر : بدائع الصنائع ٧ :٥٠٩، الفتاوى الهندية ٢ :٣٠٦، اللباب ٢ :١٢٤.

(٢) راجع : الخلاف ٣ :٣٢٨، المسالك ٤ :٣١٠.

(٣) صيغة هذه المادّة ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٦ ـ هكذا :

←

وفي:

(مادّة: ١٣٤٢) لا يصحّ عقد الشركة علىٰ الأموال التي ليست من النقود، كالعروض والعقار[١].

→ **(يشترط أن يكون رأس مال الشركة عيناً، ولا يكون ديناً. أي: لا يكون المطلوب من ذمم الناس رأس مال للشركة.**
مثلاً: ليس لاثنين أن يتّخذا دينهما الذي في ذمّة آخر رأس مال للشركة فيعقدا عليه الشركة.
وإذا كان رأس مال أحدهما عيناً والآخر ديناً فلا تصحّ الشركة أيضاً).
لاحظ: بدائع الصنائع ٧:٥١٢، المغني ٥:١٢٧، الفتاوى الهندية ٢:٣٠٦.

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٦ وردت زيادة كلمة: (معدودة) بعد: (ليست).
وللمادّة تكملة هي:
(أي: لا يجوز أن تكون هذه رأس مال للشركة. ولكن إذا أراد الاثنان اتّخاذ أموالهما التي لم تكن من قبيل النقود رأس مال للشركة، فبعد أن يحصل اشتراكهما ببيع كلّ واحد منهما نصف ماله للآخر، فلهما عقد الشركة على مالهما المشترك هذا.
وكذلك لو خلط اثنان مالهما الذي هو من المثليات ومن نوع واحد ـ كمقدارين من الحنطة مثلاً ـ ببعضه، فحصلت شركة الملك، فلهما أن يتّخذا هذا المال المخلوط رأس مال للشركة، ويعقدا عليه الشركة).
وهذا هو ما استقرّ عليه المذهب الحنفي، حيث عندهم: أنّ العروض كلّها لا تصلح رأس مال شركة ولا حصّة فيه لشريك ولو كانت مكيلاً أو موزوناً أو عددياً متقارباً في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، ومعه أبو يوسف، وبعض الحنابلة.
وذهب محمّد، وجماهير الشافعية إلى: التفرقة بين نوعين من العروض:
النوع الأوّل: المكيل والموزون والعددي المتقارب.
النوع الثاني: سائر العروض.
وبعبارة أُخرى: فرّقوا بين المثلي والمتقوّم، فمنعوا انعقاد الشركة في النوع الثاني بإطلاق، وأجازوها في النوع الأوّل بعد الخلط مع اتّحاد الجنس، ذهاباً إلى أنّ هذا النوع ليس من العروض المحضة، وإنّما هو عرض من وجه ـ لأنّه يتعيّن بالتعيين ثمن من وجه ـ لأنّه يصح
←

....

→ الشراء به ديناً في الذمّة شأن الأثمان، فناسب أن يعمل فيه بكلا الشبهين، كلّ في حال، فأعمل الشبه بالعروض قبل الخلط، ومنع انعقاد الشركة فيه حينئذٍ، والشبه بالأثمان بعده فصحّحت إذ ذاك الشركة فيه؛ لأنّ شركة الملك تتحقّق بالخلط، فيعتضد بها جانب شركة العقد.

وإنّما قصر التصحيح على حالة اتّحاد الجنس؛ لأنّ الخلط بغير الجنس ـ كخلط القمح بالشعير والزيت بالسمن ـ يخرج المثلي عن مثليته، وهذا يؤدّي ـ إلى جهالة الأصل والربح والمنازعة عند القسمة، لمكان الحاجة إلى تقويمه إذ ذاك لمعرفة مقداره، والتقويم حرز وتخمين، ويختلف باختلاف المقوّمين، بخلاف المثلي فإنّه يحصل مثله.

وذهب أكثر الحنابلة، وبعض الشافعية إلى: اشتراط أن يكون رأس المال من النقد المضروب بأيّة سكّة.

ويصرّح ابن قدامة: بأن لا تسامح في شيء من الغش، إلّا أن يكون في حدود القدر الضروري الي لا غنىٰ لصناعة النقد عنه.

وأمّا المالكية فتصحّ عندهم الشركة إذا أخرج كلّ واحد من الشركاء ذهباً أو فضّة.

كما تصحّ إذا أخرج أحدهما ذهباً وفضّة وأخرج الثاني مثل ذلك.

وتصحّ كذلك بعين من جانب وعرض من الآخر، أو بعرض من كلٍّ منهما سواء اتّفقا في الجنس أو اختلفا.

ولا تصحّ عندهم بذهب من أحد الجانبين وفضّة من الجانب الآخر ولو عجّل كلٌّ منهما ما أخرجه لصاحبه، وذلك لاجتماع شركة وصرف، ولا تصحّ بطعامين وإن اتّفقا في القدر والصفة.

وذهب ابن أبي ليلىٰ إلى: تصحيح الشركة بالعروض مطلقاً، ويعتمد في القسمة قيمتها عند العقد.

وهي رواية عن أحمد اعتمدها من أصحابه أبو بكر وأبو الخطّاب؛ إذ ليس في تصحيحها بالعروض ـ علىٰ هذا النحو ـ إخلال بمقصود الشركة، فليس مقصودها إلّا جواز تصرّف الشريكين في المالين ثمّ اقتسام الربح، وهذا كما يكون بالأثمان يكون بغيرها، واستأنسوا لذلك باعتبار قيمة عروض التجارة عند تقدير نصاب زكاتها.

←

شبه التهافت، فإنّها بعد أن منعت من الشركة في العروض أوّلاً أجازتها أخيراً في الحنطة إذا خلط أحدهما حنطته بحنطة الآخر، فقالت:

يجوز لهما أن يتّخذا هذا المال المخلوط رأس مال ويعقدا عليه الشركة.

وهذا الأخير هو الأصحّ.

(مادّة: ١٣٤٣) إذا كان لواحد برذون ولآخر سرج فاشتركا علىٰ أن يؤجّراه... إلىٰ الآخر[١].

بطلان الشركة هنا؛ لعدم امتزاج المالين.

أمّا لو باع أحدهما نصف حيوانه بنصف حيوان الآخر صحّت الشركة.

ومنه يعلم وجه عدم الصحّة في المال المذكور بـ:

(مادّة: ١٣٤٤) إذا كان لواحد دابّة ولآخر أمتعة وتشاركا علىٰ تحميل الأمتعة علىٰ الدابّة وبيعها... إلىٰ الآخر[٢].

← قارن: بدائع الصنائع ٧: ٥٠٩، المغني ٥: ١٢٤ ـ ١٢٧، نهاية المحتاج ٥: ٧، الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٠٦، الشرح الصغير للدردير ٣: ٤٥٨ ـ ٤٦١، اللباب ٢: ١٢٤.

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٦ ـ ١٥٧:

(إذا كان لأحد برذون والآخر سرج واشتركا علىٰ أن يؤاجراهما وما يحصل من أُجرتهما يقسم بينهما، فتكون الشركة فاسدة، وتكون الأُجرة الحاصلة لصاحب البرذون، ولا يكون لصاحب السرج حصّته من الأُجرة لكون السرج دخيلاً وتابعاً للبرذون، ولكن يأخذ صاحب السرج أُجرة مثل سرجه).

راجع: بدائع الصنائع ٧: ٥١٠، الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٣٤.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٧ وردت المادّة بلفظ:

←

نعم، يصحّ هذا والذي قبله وجميع ما هو على منوالهما لو أوقعاه بعقد الصلح.

← (إذا اشترك اثنان على أن يحمل أحدهما أمتعته على دابّة آخر للجوب بها وبيعها على أن يكون الربح بينهما مشتركاً، فتكون الشركة فاسدة، ويكون الربح الحاصل لصاحب الأمتعة، ويأخذ صاحب الدابّة أجر مثل دابّته أيضاً.

والدكّان كالدابّة، فلو اشترك اثنان على أن يبيع أحدهما في دكّان الآخر وأن يكون الربح مشتركاً بينهما، فتكون الشركة فاسدة، ويكون ربح الأمتعة لصاحبها، ويأخذ صاحب الدكّان أجر مثل دكّانه أيضاً).

وهذا الحكم المذكور للمسألة هو مذهب الحنفية، والشافعية، والمالكية.

أمّا الحنابلة فقد صحّحوا هذه المعاملة.

انظر: المغني ٥: ١١٦ و١١٩، مغني المحتاج ٢: ٢١٦، الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٣٢ و٣٣٥.

الفصل الرابع

في بعض ضوابط تتعلّق بشركة العقد

(مادّة : ١٣٤٥) العمل يكون متقوّماً بالتقويم . يعني : أنّ العمل بتعيين قيمته يتقوّم .

ومن الجائز أن يكون عمل شخص أكثر قيمة بالنسبة إلىٰ عمل شخص آخر(١) .

شرط الزيادة في الربح لمن له عمل زائد أو أنفع ممّا لا إشكال فيه ، بل لا يبعد جوازه حتّىٰ مع عدم الزيادة .

---

(١) صيغة هذه المادّة ـ علىٰ ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٧ ـ هكذا :

(يتقوّم العمل بالتقويم . أي : أنّ العمل يتقوّم بتعيين القيمة .

ويجوز أن يكون عمل شخص أكثر قيمة بالنسبة إلىٰ عمل شخص آخر .

مثلاً : إذا كان رأس مال الشريكين في شركة عنان متساوياً وكان مشروطاً عمل كليهما ، فإذا شرط لأحدهما حصّة زائدة في الربح جاز ؛ لأنّه يجوز أن يكون أحدهما أكثر مهارة من الآخر في البيع والشراء وعمله أزيد وأنفع) .

وهذا هو رأي أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمّد بن الحسن .

دون زفر ، والشافعي حيث ذكرا : أنّه لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله .

لاحظ : بدائع الصنائع ٧:٥١٧ ـ ٥١٨ ، البناية في شرح الهداية ٧:٥٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٠ ، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٢٣ ، اللباب ٢:١٢٥ .

(مادّة : ١٣٤٦) ضمان العمل نوع من العمل ... الخ[١].

هذا ليس من عقد الشركة أصلاً، ولا تصحّ الشركة بهذا النحو.

نعم، يصحّ الصلح عليه ويلزم.

وكذا:

(مادّة : ١٣٤٧) كما أنّ استحقاق الربح يكون تارة بالمال وتارة بالعمل، كذلك ـ بحكم : (مادّة : ٨٥) ـ يكون بالضمان ... الخ[٢].

---

(١) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٧ :

(فلذلك إذا تشارك اثنان شركة صنائع بأن وضع أحد في دكّانه آخر من أرباب الصنائع على أن ما يتقبّله ويتعهّده هو من الأعمال يعمله ذلك الآخر، وأنّ ما يحصل من الكسب ـ أي : الأُجرة ـ يقسم بينهما مناصفة، جاز.

وإنّما استحقاق صاحب الدكّان نصف الحصّة هو بضمانه العمل وتعهّده إيّاه، كما أنّه ينال في ضمن ذلك أيضاً منفعة دكّانه).

قارن : بدائع الصنائع ٥١٨:٧، تبيين الحقائق ٣٢١:٣، البحر الرائق ١٨١:٥، الفتاوىٰ الهندية ٣٣١:٢، حاشية ردّ المحتار ٣٢٢:٤.

(٢) وردت المادّة باللفظ الآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٧ :

(يكون الاستحقاق للربح أحياناً بالمال أو بالعمل وأحياناً أيضاً بالضمان بحكم (مادّة : ٨٥). فلذلك يستحقّ في المضاربة ربّ المال للربح بماله والمضارب بعمله.

وإذا وضع أحد من أرباب الصنائع تلميذاً عنده وأعمله فيما تقبّله وتعهّده من العمل بنصف أُجرته جاز.

والكسب ـ أي : الأُجرة المأخوذة من أصحاب العمل ـ كما يستحقّ التلميذ نصفها بعمله يستحقّ الأُستاذ نصفها الآخر بضمانه العمل وتعهّده إيّاه).

قارن : بدائع الصنائع ٥١٨:٧، تبيين الحقائق ٣٢١:٣ و٣٢٢، البحر الرائق ١٨٢:٥، حاشية ردّ المحتار ٣٢٤:٤.

فإنّ هذا لا يصحّ شركة، ويصحّ صلحاً.

(مادّة: ١٣٤٨) إذا لم يوجد أحد الأُمور الثلاثة السالفة الذكر: (المال والعمل والضمان) فلا استحقاق للربح.

فلو قال شخص لآخر: اتّجر أنت بمالك علىٰ أنّ الربح مشترك بيننا، لا يوجب الشركة، وليس له أخذ حصّته من الربح الحاصل[١].

فإنّه أكل مال بالباطل.

(مادّة: ١٣٤٩) استحقاق الربح إنّما هو بالنظر إلىٰ الشرط المذكور في عقد الشركة، وليس هو بالنظر إلىٰ العمل الواقع... الخ[٢].

---

(١) ورد: (واحد) بدل: (أحد)، ووردت زيادة كلمة: (أي) قبل كلمة: (المال)، وورد: (مثلاً: إذا) بدل: (فلو)، و: (أحد) بدل: (شخص)، و: (أن يكون) بدل: (أن) و: (فلا يوجب الشركة، وفي هذه الصورة لا يأخذ حصّة من الربح) بدل: (لا يوجب الشركة، وليس له أخذ حصّته من الربح الحاصل) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٧.

انظر: المغني ٥: ١٤٠، تبيين الحقائق ٣: ٣٢٢، البحر الرائق ٥: ١٨٣، مغني المحتاج ٢: ٢١٥، حاشية ردّ المحتار ٤: ٣٢٤.

(٢) وردت المادّة بالنصّ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٧ ـ ١٥٨:

(الاستحقاق للربح إنّما يكون بالنظر إلىٰ الشرط الذي أُورد في عقد الشركة، وليس بالنظر إلىٰ العمل الذي عمل.

فعليه لو لم يعمل الشريك المشروط عمله فيه كأنّه عمل.

مثلاً: إذا شرط عمل الشريكين المشتركين في شركة صحيحة وعمل أحدهما فقط ولم يعمل الآخر لعذر أو بغير عذر، فبما أنّهما وكيلان بعضهما لبعض، فبعمل شريكه يعدّ كأنّه عمل أيضاً، ويقسم الربح بينهما علىٰ الوجه الذي شرطاه).

←

هذه المادّة قاصرة البيان مختلّة الأركان، وتحريرها: أنّ الشريكين إن اشترطا العمل منهما متساوياً أو متفاضلاً لزم الشرط، ولو أخلّ أحدهما بالعمل ينقص من حصّته بنسبته تساوى المالان أو تفاضلا.

كما أنّه شرط العمل علىٰ واحد صحّ، ويكون أشبه بالمضاربة، فإن جعل له من الربح مقداراً لزم سواء شرط له أكثر ممّا يستحقّه من الربح بنسبة ماله أم لا، وإن لم يعيّنا له شيئاً فقد يقال: إنّ مقتضى الإطلاق المجّانية[1].

وهو محلّ نظر؛ فإنّ أصالة حرمة عمل المسلم تقتضي أن يكون له أُجرة المثل أو من الربح بنسبة ماله، إلّا أن يصرّح بالمجانيّة.

هذا إذا ذكرا العمل.

أمّا إذا أطلقا فالعمل لازم علىٰ كلّ واحد بنسبة ماله، ولو أخلّ نقص بالنسبة.

وممّا ذكرنا ظهر الخلل فيما ورد بهذه المادّة من أنّ الشريك لو لم يعمل يعدّ كأنّه عمل، ولو عمل أحدهما ولم يعمل الآخر بعذر أو بغير عذر يقسم الربح بينهما وإن كان العمل مشروطاً عليهما.

فإنّه حكم جزافي وأكل مال بالباطل ولا سيّما مع اشتراط العمل عليهما، فتدبّره.

← راجع: بدائع الصنائع ٧: ٥١٨، تبيين الحقائق ٣: ٣٢١، البحر الرائق ٥: ١٨٢ ـ ١٨٣، حاشية ردّ المحتار ٤: ٣٢٣.

(١) لاحظ الجواهر ٢٦: ٣٠٣.

(مادّة : ١٣٥٠) الشريكان كلّ واحد منهما أمين الآخر[١].

هذا إذا سلّم أحدهما المال للآخر، أو تسالما علىٰ وضعه بيد أحدهما.

أمّا لو اتّفقا علىٰ وضعه في يد ثالث فلا ائتمان، وهو واضح.

(مادّة : ١٣٥١) رأس المال في شركة الأموال...[٢].

حاصلها: أنّ رأس المال إذا كان من الشريكين متساوياً أو متفاضلاً فهي الشركة، وإن كان من واحد والعمل من آخر والربح بينهما فهي مضاربة، وإن كان للعامل فقط فهو قرض، وإذا كان لصاحب رأس المال فهو في يد العامل بضاعة، فإن ظهر منه تصريحاً أو تلويحاً التبرّع والمجّانية فلا شيء له، وإلّا فله أُجرة المثل، والربح والخسران كلّه علىٰ صاحب رأس المال.

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٨:

(الشريكان أمينان بعضهما لبعض، ومال الشركة في يد كلّ واحد منهما في حكم الوديعة، فإذا تلف مال الشركة في يد أحدهما بلا تعدٍّ ولا تقصير فلا يضمن حصّة شريكه).

قارن: البناية في شرح الهداية ٧:٥٠، البحر الرائق ٥:١٨٠، مغني المحتاج ٢:٢١٦، مجمع الأنهر ١:٧٢٣، حاشية البجيرمي علىٰ شرح المنهج ٣:٤٦، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٥.

(٢) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٨ وردت المادّة بالنصّ الآتي:

(يكون رأس المال في شركة الأموال مشتركاً بين الشريكين متساوياً أو متفاضلاً.

أمّا في صورة عقد الشركة بينهما علىٰ أن يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر، فإذا اتّفق أن يكون الربح بينهما مشتركاً تكون مضاربة ـ كما ستأتي في الباب المخصوص ـ وإذا كان تمام الربح سيعود للعامل بضاعة يكون قرضاً، وإذا شرط أن يعود تمام الربح صاحب رأس المال فيكون رأس المال في يد العامل بضاعة ويكون العامل مستبضعاً، وبما أنّ المستبضع وكيل متبرّع فيعود جميع الربح والخسارة علىٰ صاحب المال).

راجع: البحر الرائق ٥:١٧٤، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٠.

ثمّ إنّ عقد الشركة عقد جائز لكلٍّ منهما فسخه متىٰ شاء[١].

كما أنّه ينفسخ بموت أحدهما أو جنونه، كما هو شأن العقود الجائزة.

ولو تعدّد الشركاء فالفسخ يختصّ بالمجنون وتبقىٰ علىٰ حالها في الآخرين، كما في: (**مادّة: ١٣٥٢**)[٢].

---

(١) وهذا متّفق عليه عند غير المالكية. فلكلّ واحد من الشريكين أن يستقلّ بفسخ الشركة، رضي الآخر أم أبى، حضر أم غاب، كان نقوداً أو عروضاً.

لكنّ الفسخ لا ينفذ عند الحنفية إلاّ من حين علم الآخر به؛ لما فيه من عزله عمّا كان له من التصرّفات بمقتضىٰ عقد الشركة، وهو عزل قصدي آثره الفاسخ باختياره، فلا يسلّط على الإضرار بغيره.

أمّا الشافعية، والحنابلة فلم يشترطوا علم الشريك بالفسخ، كما في عزل الوكيل.

نعم، شرط الطحاوي ـ وأيّده الزيلعي ومعهما ابن رشد المالكي وحفيده وبعض الحنابلة: أن يكون المال ناضّاً لا عروضاً، وإلاّ فالشركة باقية والفسخ لاغ.

إلاّ أنّ هذا البعض من الحنابلة لا يلغون الفسخ، وإنّما يوقفونه إلى النضوض، فيظلّ لكلٍّ من الشريكين عندهم التصرّف في مال الشركة من أجل نضوضه حتّى يتمّ، وليس لهما أيّ تصرّف آخر، كالرهن أو الحوالة أو البيع بغير النقد الذي ينضّ به المال.

ويعدّ من قبيل الفسخ أن يقول الشريك لشريكه: لا أعمل معك في الشركة، فإذا تصرّف الآخر في مال الشركة ـ بعد هذا ـ فهو ضامن لحصّة شريكه في هذا المال عند الفسخ مثلاً في المثلي وقيمة في المتقوّم.

انظر: بداية المجتهد ٢: ٢٥٤، المغني ٥: ٣٣، تبيين الحقائق ٣: ٣٢٣، الفروع لابن مفلح ٤: ٣٩٨، مغني المحتاج ٢: ٢١٥، مجمع الأنهر ١: ٧٢٨ ـ ٧٢٩.

(٢) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٨:

(إذا توفّي أحد الشريكين أو جنّ جنوناً مطبقاً تنفسخ الشركة.

أمّا في صورة كون الشركاء ثلاثة أو أكثر فيكون انفساخ الشركة في حقّ الميّت أو المجنون فقط وتبقىٰ الشركة في حقّ الآخرين).

←

و(**مادّة: ١٣٥٤**)[١] مبنية على ما تقدّم من أنّ الدين لا يقسّم[٢]، فالمقبوض منه لجميع الشركاء، والباقي لهم أجمع، فالحاصل لهم والتالف عليهم.

← انظر: بدائع الصنائع ٧:٥٤٦ و٥٤٧، المغني ٥:١٣٣، البناية في شرح الهداية ٧:٦١، البحر الرائق ٥:١٨٤ و١٨٥، مغني المحتاج ٢:٢١٥.

(١) نصّ هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٨:

(إذا فسخ الشريكان الشركة واقتسماها على أن تكون النقود الموجودة لأحدهما والديون التي في الذمم للآخر فلا تصحّ القسمة.

وفي هذه الصورة مهما قبض أحدهما من النقود الموجودة يشاركه الآخر فيها، كما أنّ الدين الذي في ذمم الناس يبقى مشتركاً بينهما، انظر مادّة: ١١٢٣).

لاحظ التنقيح المشبع ١٥٨.

(٢) تقدّم في ص٣٥٣ و٣٥٦.

الفصل الخامس

في بيان شركة المفاوضة

(مادّة: ١٣٥٦) المفاوضان أحدهما كفيل الآخر، كما بيّن في الفصل الثاني... إلىٰ آخرها[1].

سبقت الإشارة منّا إلىٰ أنّ نفس عقد الشركة بأيّ نوع من أنواعها لا تقتضي كفالة ولا وكالة، إلّا بتصريح مستقل وعقد آخر[2]، وليس من مقوّمات الشركة ولا من لوازمها الطبيعية أن يكون أحدهما كفيلاً أو وكيلاً للآخر.

---

(١) وردت المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٨ ـ ١٥٩ بالصيغة الآتية:

(المفاوضان كفيل بعضهما لبعض، كما تقدّم بيانه في الفصل الثاني.

وعليه فكما ينفذ إقرار أحدهما في حقّ نفسه يكون نافذاً في حقّ شريكه علىٰ ذلك الوجه.

فإذا أقرّ أحدهما بدين للمقرّ له أن يطالب أيّهما شاء.

ومهما ترتّب دين علىٰ أحد المفاوضين من أيّ نوع كان من المعاملات الجارية في الشركة كالبيع والشراء والإجارة يلزم الآخر أيضاً.

وكذلك ما باعه أحدهما يجوز ردّه علىٰ الآخر بالعيب، كذلك ما اشتراه أحدهما [يجوز] أن يردّه الآخر بالعيب).

وهذا هو الحكم عند أبي حنيفة دون صاحبيه.

قارن: بدائع الصنائع ٧:٥٣٦، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٠٧ و٣٠٩، مجمع الأنهر ١:٧١٧، اللباب ٢:١٢٣.

(٢) سبق ذلك في ص٤٧٦.

(مادّة: ١٣٥٧) المأكولات والألبسة وسائر الحوائج الضرورية التي يأخذها أحد المفاوضين لنفسه وأهله وعياله خاصّة له لا حقّ لشريكه فيها.

لكن يجوز للبائع مطالبة شريكه بثمن هذه الأشياء بحسب الكفالة أيضاً[١].

الكفالة ـ علىٰ تقدير تحقّقها بين الشريكين ـ إنّما ينصرف إطلاقها إلىٰ ما يتعلّق بشؤون التكسّب والاسترباح، لا بالشؤون الخاصّة.

نعم، لو صرّحا بذلك جاز للبائع مطالبة كلٍّ منهما.

(مادّة: ١٣٥٨) المفاوضان في شركة الأموال كما أنّ كونهما متساويين بمقدار رأس مالهما وحصّتهما من الربح شرط، كذلك عدم وجود فضلة عن رأس مال أحدهما... إلىٰ آخرها[٢].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٩ ورد: (الثياب) بدل: (الألبسة)، و: (تكون له ولا يكون لشريكه حقٌّ فيها) بدل: (خاصّة له لا حقّ لشريكه فيها)، و: (تلك) بدل: (هذه).
انظر: تبيين الحقائق ٣١٥:٣، البناية في شرح الهداية ١٥:٧، البحر الرائق ١٧٠:٥، حاشية ردّ المحتار ٤: ٣٠٧ ـ ٣٠٨.

(٢) وردت المادّة باللفظ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٩:
(كما يشترط في شركة الأموال أن يكون المفاوضان متساويين في مقدار رأس المال وفي حصصهما في الربح، يشترط أيضاً أن لا يكون لأحدهما مال غير رأس مال الشركة يصلح لأن يكون رأس مال للشركة، أي: نقود وأموال في حكم النقود.
أمّا إذا كان لأحدهما مال غير رأس مال الشركة لا يصلح لأن يكون رأس مال للشركة ـ كأن يكون له عروض أو عقار أو دين في ذمّة آخر ـ فلا يضرّ بالمفاوضة).
راجع: تبيين الحقائق ٣١٦:٣، مجمع الأنهر ٧١٩:١، الفتاوىٰ الهندية ٣٠٨:٢ و٣١١، حاشية ردّ المحتار ٣٠٩:٤.

سوء التعبير وتعقيد البيان بالغ أقصاه في هذه المادّة، ولا يكاد يتحصّل منها معنىً جديد.

وغاية ما يمكن استخراجه من هذه الأقفال والأغلال: اعتبار تساوي المالين، وأن لا يكون لأحدهما فضلة تصلح لتكون رأس مال في الشركة كالنقود أو ما في حكمها من المنقولات كالحنطة ونحوها. ولو كان له فضلة لا تصلح للشركة ـ كالعقار والدين ـ لم يضر بالمفاوضة وتحقّق المساواة.

وهو ـ كما ترىٰ ـ تافه ومستدرك.

(مادّة: ١٣٥٩) **الشريكان في شركة الأعمال إذا عقدا**... الخ[١].

بلوغ شركة الأعمال إلىٰ هذا الحدّ البعيد بحيث يمضي إقرار أحدهما علىٰ الآخر مع إنكاره بعيد جدّاً.

وبقيّة مواد هذا الفصل[٢] واضحة علىٰ مبانيهم. أمّا عندنا فكلّها

---

(١) صيغة هذه المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٩:

(إذا عقد الشريكان في شركة الأعمال الشركة علىٰ أنّ لكلّ واحد منهما أن يتقبّل ويلتزم أيّ عمل كان، وأن يكونان ضامنين للعمل ومتعهّدين به سوية ومتساويين في المنفعة والضرر، وأن يكون كلّ واحد منهما كفيلاً للآخر بما يترتّب علىٰ أحدهما بسبب الشركة، فتكون مفاوضة.

وتجوز في هذه الصورة مطالبة أيّ واحد منهما بأُجرة الأجير وأُجرة الحانوت.

وإذا ادّعىٰ شخص علىٰ أحدهما بمتاع وأقرّ أحدهما فينفذ إقراره حتّىٰ ولو أنكره الآخر).

لاحظ: البحر الرائق ٥:١٨٢، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٢٤.

(٢) نصوص هذا المواد كالآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٥٩ ـ ١٦٠:

(مادّة: ١٣٦٠) إذا عقد اثنان الشركة علىٰ شراء المال نسيئة وبيعه علىٰ أن يكون المال

←

ساقطة.

ولا تضرّ الزيادة والنقصان برأس المال في شركة العنان التي هي الشركة الصحيحة عندنا لا غير، وهي التي تكفّل ببيان أحكامها وسائر شؤونها:

← المشترىٰ وثمنه وربحه مشتركاً بينهما مناصفة كلّ واحد منهما كفيل الآخر، فتكون مفاوضة شركة وجوه.

لاحظ البحر الرائق ٥: ١٦٩ و١٨٣.

(مادّة: ١٣٦١) يشترط في عقد المفاوضة ذكر لفظ المفاوضة، أو تعداد شرائط المفاوضة. وإذا ذكرت الشركة علىٰ الإطلاق تكون عناناً.

راجع: بدائع الصنائع ٧: ٥١٩، الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٠٨.

(مادّة: ١٣٦٢) إذا فقد شرط من الشروط المذكورة في هذا الفصل علىٰ الوجه المارّ تنقلب المفاوضة عناناً.

مثلاً: إذا دخل إلىٰ يد أحد من المفاوضين في شركة الأموال مال بطريق الإرث أو الهبة، فإذا كان مالاً ـ كالنقود ـ يصلح أن يكون رأس مال شركة تنقلب المفاوضة عناناً.

أمّا إذا كان مالاً ـ كالعروض والعقار الذي لا يصلح لأن يكون رأس مال شركة ـ فلا تحلّ بالمفاوضة.

انظر: تبيين الحقائق ٣: ٣١٦، الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٠٨ و٣١٩.

(مادّة: ١٣٦٣) كلّ ما كان شرطاً لصحّة شركة العنان كان شرطاً لصحّة المفاوضة.

قارن الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣١١.

(مادّة: ١٣٦٤) كلّ ما جاز من التصرّف للشريكين في شركة العنان يجوز أيضاً للمفاوضين.

قارن كذلك الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٢٣.

الفصل السادس

في حقّ شركة العنان وهو يشتمل علىٰ ثلاثة مباحث

المبحث الأوّل

في بيان المسائل العائدة إلىٰ شركة الأموال

(مادّة: ١٣٦٥) لا يشترط في الشريكين بشركة العنان كون رأس مالهما متساوياً(١).

هذه المادّة تشتمل علىٰ الأمرين:

الأوّل: عدم لزوم تساوي المالين في شركة العنان بخلاف شركة المفاوضة.

---

(١) للمادّة تكملة، وتكملتها ـ علىٰ ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٠ ـ هي:

(فيجوز أن يكون رأس مال أحدهما أزيد من رأس مال الآخر، ولا يكون كلّ واحد منهما مجبوراً علىٰ إدخال جميع نقوده في رأس المال، بل لهما أن يعقدا الشركة علىٰ مجموع مالهما أو علىٰ مقدار منه، فلذلك يجوز أن يكون لهما مال يصلح لاتّخاذه رأس مال الشركة كالنقد غير رأس مال الشركة).

انظر: تبيين الحقائق ٣١٨:٣، البحر الرائق ١٧٤:٥ و١٧٥ ـ ١٧٦، الفتاوىٰ الهندية ٣١٩:٢ و٣٢٠، مجمع الأنهر ٧٢١:١.

وهذا قد تكرّر في ما سبق[1] فلا فائدة في بيانه.

الثاني: أنّه لا يلزم الشريك أن يدخل جميع نقوده وأمواله في الشركة، بل يجوز أن يعقدها علىٰ مقدار منها.

وهذا أيضاً واضح لا حاجة لبيانه؛ إذ من ذا الذي يحتمل أنّ الشركة لا تنعقد إلّا بإدخال الشريك جميع أمواله ونقوده فيها؟!

(مادّة: ١٣٦٦) كما يجوز كون عقد الشركة علىٰ عموم التجارات، كذلك يجوز عقدها علىٰ تجارة خاصّة، كتجارة الذخيرة مثلاً[2].

الشركة ـ كسائر العقود ـ تدور مدار ما يلتزم به الطرفان من الشروط والقيود تعميماً وتخصيصاً.

فإن قيّدا لزم القيد، وإن أطلقا جاز كلّ ما شمله الإطلاق.

فلو اشترط الاتّجار بالطعام أو الحبوب لزم الاقتصار عليهما، وإلّا جاز بهما وبغيرهما.

كما أنّ تقسيم الربح بينهما ـ حسبما تقدّم ـ يدور مدار الشرط زيادة ونقصاً.

فإن شرطا لأحدهما زيادة لزمت في الشركة الصحيحة، وإن لم يشترطا أو كانت الشركة فاسدة فالمدار في الربح والخسران علىٰ نسبة المالين، كما

---

(١) سبق في ص٤٧٣ و٤٩٢.

(٢) لم ترد كلمة: (كون)، وورد (نوع تجارة خاصّة أيضاً، كعقدها ـ مثلاً ـ علىٰ تجارة الغلال) بدل: (تجارة خاصّة، كتجارة الذخيرة مثلاً) في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٠.
راجع: البناية في شرح الهداية ٧:٣٤، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣١٩، مجمع الأنهر ١:٧٢١.

دلّت عليه: (**مادّة: ١٣٦٧**) و: (**مادّة: ١٣٦٨**) و: (**مادّة: ١٣٦٩**)[١].

أمّا:

(مادّة: ١٣٧٠) إذا شرط شريكان تقسيم الربح بينهما علىٰ مقدار رأس المال... الخ[٢].

فقد عرفت أنّه لا حاجة إلىٰ الشرط، بل هو مقتضى طبيعة الشركة وإطلاقها[٣].

---

(١) صيغ هذه المواد ـ علىٰ ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٠ ـ كما يلي:

(مادّة: ١٣٦٧) علىٰ أيّ وجه شرط تقسيم الربح في الشركة الصحيحة يراعى ذلك الشرط علىٰ كلّ حال إذا كان موافقاً للشرع.

لاحظ: الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٣، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٢.

(مادّة: ١٣٦٨) يقسم الربح والفائدة في الشركة بالفاسدة بنسبة مقدار رأس المال، فإذا شرط ربح زائد لأحد الشريكين فلا يعتبر.

قارن: البحر الرائق ٥:١٨٤، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٣٥.

(مادّة: ١٣٦٩) الضرر والخسارة التي تحصل بلا تعدٍّ ولا تقصير تقسم في كلّ حال بنسبة مقدار رؤوس الأموال، وإذا شرط خلاف ذلك فلا يعتبر.

انظر: مجمع الأنهر ١: ٧٢٢، منحة الخالق ٥:١٧٥.

(٢) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٠:

(إذا شرط الشريكان تقسيم الربح بينهما بنسبة مقدار رأس مالهما ـ سواء كان رأس مالهما متساوياً أو متفاضلاً ـ صحّ، ويقسم الربح بينهما بنسبة رأس مالهما علىٰ الوجه الذي شرطاه، سواء شرط عمل الاثنين أو شرط عمل واحد منهما فقط [و] يكون رأس مال الآخر في يده في حكم البضاعة).

راجع: تبيين الحقائق ٣:٣١٨، مجمع الأنهر ١:٧٢١ ـ ٧٢٢، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٢، منحة الخالق ٥:١٧٥.

(٣) عرفت ذلك في ص٤٦٩ ـ ٤٧٠ و٤٧١ و٤٩٥.

وإنّما الذي يحتاج إلىٰ الشرط هو الزيادة والنقيصة عن حصّة كلٍّ منهما من رأس ماله أو تساويهما في العمل أو عدمه وأشباه هذا من الكيفيات التي لا يقتضيها إطلاق الشركة، فتدبّره جيّداً.

كما نصّت عليه:

(مادّة: ١٣٧١) إذا تساوى الشريكان في رأس المال وشرطا من الربح حصّة زائدة لأحدهما مثلاً ـ كثلثي الربح وكان عمل الاثنين مشروطاً فالشركة صحيحة والشرط معتبر، انظر: (مادّة: ١٣٤٥).

أمّا إذا شرط عمل أحدهما وحده فينظر إن كان العمل مشروطاً علىٰ الشريك الذي حصّته من الربح زائدة، فكذلك الشركة صحيحة والشرط معتبر، ويصير ذلك الشريك مستحقّاً ربح رأس ماله بماله والزيادة بعمله.

لكن حيث كان رأس مال شريكه بيده كانت الشركة شبه المضاربة.

وإن كان العمل مشروطاً علىٰ الشريك الذي حصّته من الربح قليلة فهو غير جائز، فيقسّم الربح بينهما علىٰ مقدار رأس المال؛ لأنّه إذا قسّم الربح علىٰ الوجه الذي شرطاه فلا يكون شيء مقابل من مال أو عمل أو ضمان للزيادة التي يأخذها الشريك الذي لم يعمل، واستحقاق الربح إنّما هو بواحد من هذه الأُمور الثلاثة، انظر (مادّة: ١٣٤٧) و: (١٣٤٨)[1].

---

(١) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٠ ـ ١٦١:

←

نقلنا هذه المادّة بطولها؛ لما يترائى فيها من براعة التحقيق واستيعاب القسمة وقوّة التنويع والتعليل، ولكن لا يلبث هذا الرونق علىٰ محكّ النقد حتّىٰ يستبين زيفه أو يتّضح زيفه؛ فإنّ العمل إذا كان مشروطاً علىٰ الشريك القليل الحصّة من الربح لا يكون الآخر قد أخذ زيادة بلا شيء مقابل من مال أو عمل، بل أخذها بالشرط لرأس ماله، كالشخص الذي يكون منه كلّ رأس المال والعمل كلّه علىٰ العامل المضارب ويشترط صاحب رأس المال زيادة في الربح علىٰ النصف الذي حقّه عند الإطلاق، فإنّه يأخذ الزيادة بالشرط في قبال رأس ماله، كما يأخذ الآخر الأقلّ في مقابل عمله.

و: (**مادّة: ١٣٤٨**)[1] لا ربط لها بما نحن فيه أصلاً؛ فإنّ موردها ما إذا

→ (**إذا كان رأس مال الشريكين متساوياً وشرط لأحدهما حصّة زائدة من الربح كثلثيه مثلاً، فإذا كان عمل الاثنين مشروطاً فالشركة صحيحة والشرط معتبر، انظر (مادّة: ١٣٤٥).**

أمّا إذا شرط عمل أحدهما فقط فينظر فإذا شرط العمل علىٰ الشريك الذي حصّته من الربح زائدة فتصحّ الشركة أيضاً ويعتبر الشرط ويستحقّ ذلك الشريك بماله ربح رأس ماله وبعمله الزيادة.

لكن حيث كان رأس مال شريكه في يده في حكم مال المضاربة فتكون الشركة شبيهة بالمضاربة.

وأمّا إذا شرط العمل علىٰ الشريك الذي حصّته من الربح قليلة فهو غير جائز، ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار رأس ماليهما، حيث إنّه إذا اتّسم الربح علىٰ الوجه الذي شرطاه فلا يكون شيء مقابل من مال أو عمل أو ضمان للزيادة التي سيأخذها الشريك غير العامل؛ لأنّ الاستحقاق للربح إنّما يكون بأحد هذه الأُمور الثلاثة، انظر: مادّتي: ١٣٤٧ و١٣٤٨).

لاحظ: البحر الرائق ٥:١٧٥، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٠، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٢.

(١) تقدّمت هذه المادّة في ص٤٨٥.

لم يكن مال ولا عمل أصلاً، كما يتّضح ذلك من مثالها، وهو قوله: اتّجر بمالك علىٰ أنّ الربح مشترك بيننا، فيستحقّ حصّته في الربح من غير مال ولا عمل ويكون أكل مال بالباطل، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ الشريك الذي اشترط لنفسه الزيادة بغير عمل قد استحقّها بإزاء رأس ماله الذي دفعه لشريكه. غايته أنّه كان يستحقّ بالإطلاق علىٰ نسبة ماله من الربح، ولكن بالشرط يستحقّ الزيادة، ولكن بإزاء ماله، لا بلا إزاء شيء، وعموم: «المؤمنون عند شروطهم»[1] شامل له.

وما ذكرته (المجلّة) وإن كان له رواء و طلاء، ولكنّه عند التحقيق غثاء.

ومن هنا يظهر ضعف ما في: (**مادّة: ١٣٧٢**)[2] التي هي كتكرير للمادّة المتقدّمة، وكانت هي ـ مع طولها ـ تغني عن هذه المادّة، فيجب عند

---

(١) راجع: سنن الدارقطني ٣:٢٧، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧:٢٤٩، الاستبصار ٣:٢٣٢، الوسائل الخيار ٦:٢، المهور ٢٠:٤ (١٨:١٦ و٢١:٢٧٦) مع اختلاف يسير.

(٢) صيغة هذه المادّة ـ علىٰ ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٦١ ـ هي:

(إذا كان رأس مال الشريكين متفاضلاً ـ كأن كان رأس مال أحدهما ألف درهم ورأس مال الآخر مائة وخمسين ألف درهم ـ فإذا شرط تقسيم الربح بينهما بالتساوي فيكون بمعنىٰ: أنّه شرط زيادة حصّة في الربح للشريك صاحب رأس المال القليل بالنسبة إلىٰ رأس ماله، ويكون ذلك كشرط ربح زائد لأحد الشريكين علىٰ كون رأس ماليهما متساوياً.

فلذلك إذا عمل شرط كليهما أو شرط عمل الشريك صاحب الحصّة الزائدة في الربح ـ أي: صاحب رأس المال القليل ـ صحّت الشركة واعتبر الشرط.

وإذا شرط العمل علىٰ صاحب الحصّة القليلة من الربح ـ أي: صاحب رأس المال الكثير ـ فهو غير جائز، ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار رأس ماليهما).

قارن: البحر الرائق ٥:١٧٤ ـ ١٧٥، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٠، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٢.

التحرير حذفها.

أمّا ما في: (مادّة: ١٣٧٣) و: (١٣٧٤)[١] من: جواز بيع مال الشركة نقداً ونسيئة قليلاً أو كثيراً، فهو مع الإطلاق وعدم مظنّة الضرر.

أمّا لو اشترطا البيع بالنقد أو بربح معيّن أو أطلقا وكان بيع النسيئة في معرض التواء لم يصح شيء من ذلك.

وهكذا: (مادّة: ١٣٧٥)[٢]، فإنّ الشريك لا يصحّ له أن يشتري للشركة إذا اشترطا أن يكون البيع والشراء للآخر، أمّا مع الإطلاق فله ذلك.

(مادّة: ١٣٧٦) إذا اشترىٰ أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتهما يكون له خاصّة[٣].

---

(١) صيغة هاتين المادّتين ـ علىٰ ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٦١ ـ كالآتي:

(مادّة: ١٣٧٣) يجوز لكلّ واحد من الشريكين أن يبيع مال الشركة نقداً أو نسيئة بما قلّ أو كثر.

انظر: المغني ٥:١٢٩، مجمع الأنهر ١:٧٢٣، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٧.

(مادّة: ١٣٧٤) يجوز لأيٍّ كان من الشريكين ـ حال كون رأس مال الشركة في يده ـ أن يشتري الأموال بالنقد وبالنسيئة.

لكن إذا اشترىٰ مال بالغبن الفاحش فيكون المال الذي اشتراه له، ولا يكون للشركة.

راجع: مجمع الأنهر ١:٧٢٣، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٧.

(٢) وردت المادّة باللفظ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٦١:

(لا يجوز لأحد الشريكين ـ إذا لم يكن في يده رأس مال الشركة ـ أن يشتري مالاً للشركة، فإذا اشترىٰ يكون ذلك المال له).

لاحظ: تبيين الحقائق ٣:٣١٩، البحر الرائق ٥:١٧٦ و١٧٩، مجمع الأنهر ١:٧٢٣.

(٣) في مجلّة الأحكام العدلية ١٦١ وردت المادّة بصيغة:

←

يعني: لو اشترطا أن تكون تجارتهما بالأطعمة فقط فاشترىٰ أحدهما ثياباً فلا إشكال في أنّ الثياب لا تدخل بالشركة، بل تختصّ بالمشتري.

ولكن من الحكم الجزافي قول (المجلّة) في هذه المادّة:

لكن مع كون رأس مال الشركة في يد أحدهما إذا اشترىٰ مالاً من جنس تجارتهما ولو بمال نفسه يصير للشركة.

فإنّ هذا مخالف لقاعدة: (تبعية العقود للقصود) ولقواعد الشركة؛ فإنّ الذي يدخل في الشركة ما يشتري بمال الشركة، لا ما يشتريه أحدهما بمال نفسه ولنفسه، فيشترك معه في غيره قهراً عليه وخلافاً لقصده وقد اشتراه بماله الخاصّ، أفليس هذا من الجزاف؟!

(مادّة: ١٣٧٧) حقوق العقد إنّما تعود للعاقد... الخ[1].

→ **(إذا اشترىٰ أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتهما يكون ذلك المال له، ولا يكون لشريكه حصّة فيه.**

أمّا إذا اشترىٰ أحدهما مالاً من جنس تجارتهما ـ حال كون رأس مال الشركة في يده ـ فيكون للشركة حتّىٰ لو اشتراه بمال نفسه.

مثلاً: إذا عقد اثنان الشركة علىٰ تجارة الأقمشة فاشترىٰ أحدهما بماله حصاناً كان له، وليس لشريكه حصّة في ذلك الحصان.

أمّا إذا اشترىٰ قماشاً فيكون للشركة، حتّىٰ إنّه لو أشهد ـ حين الشراء ـ بقوله: إنّني اشتريت هذا القماش لنفسي وليس لشريكي حصّة فيه، فلا يفيد ذلك، ويكون القماش مشتركاً بينه وبين شريكه).

قارن: البحر الرائق ٥:١٧٦، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٥.

(١) تكملة المادّة في مجلّة الأحكام العدلية ١٦١ ـ ١٦٢ هكذا:

(فإذا اشترىٰ أحد الشريكين مالاً فقبضه ـ مع تأدّيه ثمنه ـ يكون لازماً عليه وحده، ولهذا

←

سلطة كلّ واحد من الشريكين على التصرّفات في مال الشركة تصوّرها أرباب (المجلّة) بين إفراط وتفريط.

فقد تقدّم في آخر: (مادّة: ١٣٥٦)[١]:

وكما أنّ ما باعه أحدهما يجوز ردّه على الآخر بالعيب، كذلك ما اشتراه أحدهما يجوز أن يردّه الآخر بالعيب.

ثمّ ترقّى الأمر وتفاقم الخطب حتىٰ قالوا بعدها في: (مادّة: ١٣٥٧):

المأكولات والألبسة وسائر الحوائج الضرورية يجوز للبائع مطالبة شريكه بثمن هذه الأشياء بحسب الكفالة أيضاً[٢].

فبينا تراهم يجعلون الشريكين كشخص واحد حتّىٰ ما اشتراه لحوائجه الضرورية يمكن أن يطالب به الشريك الآخر، وإذا بهم يفرّقون بينهم أشدّ التفرقة ويجعلون كلّ واحد مبايناً للآخر، كما في هذه المادّة والتي بعدها:

(مادّة: ١٣٧٨) الردّ بالعيب أيضاً من حقوق العقد.

← يطلب ثمن المال الذي اشتراه منه فقط، ولا يطالب شريكه به.
وكذا قبض ثمن المال الذي باعه أحدهما إنّما هو حقّه.
ولهذا لو أدّىٰ المشتري الثمن للآخر يبرأ من حصّة الشريك القابض فقط، ولا يبرأ من حصّة الشريك العاقد.
ولهذا أيضاً لو وكّل الشريك العاقد آخر بقبض ثمن المال الذي باعه فليس لشريكه عزله، ولكن إذا وكّل أحد الشريكين آخر للبيع والشراء والإجارة فللشريك الآخر عزله).
انظر: مجمع الأنهر ١: ٧٢١، حاشية ردّ المحتار ٤: ٣١١.

(١) تقدّمت هذه المادّة في ص ٤٩٠.

(٢) تقدّمت هذه المادّة في ص ٤٩١.

فما اشتراه أحد الشريكين فليس للآخر ردّه بالعيب، وما باعه أحدهما لا يردّ بالعيب علىٰ الآخر[١].

فانظر إلىٰ هذا التهافت، هناك يجوز الردّ بالعيب علىٰ الآخر، وهنا لايجوز! ومن المعلوم الضروري عدم الفرق في هذه الآثار بين شركة المفاوضة وشركة العنان، وليس الفرق بينهما إلّا في قضية لزوم التساوي في رأس المال والربح في شركة المفاوضة عند القوم وعدم لزومه في شركة العنان.

ولذا كان لكلّ واحد من الشريكين في النوعين الإيداع والإبضاع والإيجار والمضاربة وغيرها، كما في:

(مادّة: ١٣٧٩) كلّ واحد من الشريكين له إيداع وإبضاع مال الشركة...

لكن ليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا أن يعقد شركة مع آخر بدون إذن شريكه، فإن فعل وضاع مال الشركة ضمن حصّة شريكه[٢].

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٢ ورد صدر المادّة بلفظ: (بما أنّ الردّ بالعيب من حقوق العقد أيضاً)، وورد: (ليس للشريك الآخر) بدل: (فليس للآخر).

انظر: البحر الرائق ٥:١٧٩، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٥.

(٢) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٢:

(لكلّ واحد من الشريكين إيداع أو إبضاع مال الشركة وإعطاؤه مضاربة، وله أن يعقد إيجاراً، أي: أنّ له ـ مثلاً ـ أن يستأجر حانوتاً أو أجيراً لحفظ مال الشركة.

لكن ليس له أن يخلط مال الشركة بماله، ولا أن يعقد شركة مع آخر بدون إذن شريكه، فإذا فعل وضاع مال الشركة يكون ضامناً حصّة شريكه).

←

والضابطة في هذا: أنّ كلّ ما فيه منفعة أو مظنّة منفعة ـ مع الأمن عادة من الضرر ـ فإطلاق العقد يقتضي جوازه لكلٍّ من الشريكين، وكلّ ما لا منفعة فيه موقوف علىٰ الإذن فضلاً عمّا فيه مظنّة الضرر.

فلو أذن أحدهما للآخر إذناً عامّاً بجميع التصرّفات لم يجز للمأذون أن يقرض من مال الشركة، أو يهب، أو ينتقل به من بلد إلىٰ بلد، إلّا بإذن صريح، كما نصّت عليه: (**مادّة: ١٣٨٢**)[١]

← جواز الوكالة للشريكين مطلقاً ذهب إليها الحنفية، والمالكية، وبعض الحنابلة.

أمّا الشافعية، وأكثر الحنابلة فذهبوا إلىٰ: أنّه ليس للشريك حقّ التوكيل بدون إذن شريكه؛ لأنّه إنّما ارتضىٰ تصرّفه هو، وقاعدتهم: أنّ من لا يعمل إلّا بإذن لا يوكّل إلّا بإذن.

أمّا المضاربة فجوّزها للشريكين الحنفية، والمالكية ـ دون ابن رشد القرطي ـ وبعض الحنابلة، دون الشافعية، وبعض آخر من الحنابلة.

أمّا الإيداع فقد صحّحه الحنفية، وأمّا غيرهم فلا يرون للشريك أن يودع، إلّا إذا دعت الحاجة إلىٰ ذلك؛ إذ المال قد يضيع بالإيداع، حتّىٰ إنّه لو أودع من غير حاجة فضاع المال ضمنه.

وعدم جواز الخلط بمال الشركة نصّ عليه الحنفية، والحنابلة.

راجع: بداية المجتهد ٢:٢٥٤ ـ ٢٥٥، المغني ٥:١٢٩ و١٣٠ و١٣٢، تبيين الحقائق ٣:٣٢٠، الإنصاف ٥:٣٧٤ و٣٧٥ و٣٧٦ ـ ٣٧٧، البحر الرائق ٥:١٧٧ ـ ١٧٨، مغني المحتاج ٢:٢١٤ و٢٢٦، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٠٨ و٣٢١ ـ ٣٢٤، مجمع الأنهر ١:٧٢٣، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٦ ـ ٣١٧، اللباب ٢:١٢٧.

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلة الأحكام العدلية ١٦٢:

(إذا فوّض كلّ واحد من الشريكين أُمور الشركة لرأي الآخر بقوله له: اعمل برأيك، أو: اعمل ما شئت، فله أن يعمل الأشياء التي هي من توابع التجارة.

فيجوز له رهن مال الشركة، والارتهان لأجل الشركة، والسفر من مال الشركة، وخلط مال الشركة بمال نفسه، وعقد الشركة مع آخر.

لكن لا يجوز له إتلاف المال، ولا التمليك بلا عوض بدون إذن صريح من شريكه.

←

و: (مادّة: ١٣٨٣)[1] من: أنّه لو تصرّف مثل تلك التصرّفات التي لا يشملها

→ مثلاً: ليس له أن يقرض من مال الشركة لآخر، ولا أن يهب منه بدون إذن صريح من شريكه).

وهنا مسألة لا بأس بالتعرّض لها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالبحث، وهي مسألة: سفر الشريك بمال الشركة، وقد صرّح بها المصنّف رحمه الله بقوله: (أو ينتقل به من بلد إلىٰ بلد).

فقد ذهب أبو حنيفة، ومحمّد بن الحسن، والحنابلة إلىٰ: أنّ لكلٍّ من الشريكين أن يسافر بمال الشركة دون إذن شريكه إذا أمن الطريق؛ لأنّ المفروض أنّ الشركة أُطلقت ولم تـقيّد بمكان، فالإذن بالتصرف الصادر في ضمنها لكلّ شريك هو علىٰ هذا الإطلاق، إذ لا يخرج المطلق عن إطلاقه إلّا بدليل، ولا دليل.

ويستوي ـ بعد ذلك ـ أن يكون السفر قريب الشقّة أو بعيدها، وأن يكـون المـال خـفيف المحمل أو ثقيله، علىٰ خلاف في كلّ من هذا وذاك.

وذهب الشافعية، وأبو يوسف إلىٰ: أنّه ليس للشريك أن يسافر بمال الشركة إلّا بإذن صريح أو عرفي أو ضرورة.

ومن الإذن العرفي: ما لو عقدت الشركة علىٰ ظهر سفينة، ثمّ استمرّت الرحلة إلىٰ المقصد.

ومن الضرورة: جلاء أهل البلد عنه لكارثة أو فراراً من زحف العدو القاهر.

فإذا خالف الشريك فسافر سفراً غير مسموح به كان عليه ضـمان حـصّة شـريكه لو ضـاع المال، لكنّه لو باع شيئاً مضىٰ بيعه دون أيّ تناف بين هذا وبين ثبوت ضمانه.

وكذا قاله المالكية في شركة العنان.

أمّا شريك المفاوضة فليس مقيّداً إلّا برعاية المصلحة.

لاحظ: تبيين الحقائق ٣:٣١٦ و ٣٢٠، الإنصاف ٥:٣٧٧، البحر الرائق ٥:١٦٨ و ١٧١ و ١٧٨ و ١٧٩، مغني المحتاج ٢:٢١٥، الفتاوىٰ الهـندية ٢:٣٢٣، حـاشية ردّ المـحتار ٤:٣١٧، الفواكه الدواني ٢:١٧٤.

(١) وردت المادّة ـ علىٰ ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٢ ـ بلفظ:

(إذا انهىٰ أحد الشريكين الآخر بقوله: لا تذهب بمال الشركة إلىٰ ديار أُخرىٰ، أو: لا تبع المال نسيئة، فلم يسمع وذهب إلىٰ ديار أُخرىٰ، أو باع المال نسيئة، يضمن حصّة شريكه من الخسار الواقع).

←

العموم فضلاً عن الإطلاق بل تحتاج إلىٰ إذن صريح وحصل الضرر يكون ضامناً للخسار.

وهو واضح.

(مادّة: ١٣٨٤) إقرار أحد الشريكين شركة عنان بدين في معاملاتها لا يسري إلىٰ الآخر(١).

هذه المادّة أيضاً محتاجة إلىٰ التحرير وحسن التعبير، وكأنّها مبتنية عندهم علىٰ ما تقدّم من أنّ شركة العنان لا تتضمّن الكفالة وتحتاج إلىٰ تصريح بالوكالة(٢).

وعليه فإقرار أحدهما لا يلزم الآخر، بل يختصّ به.

ولكن لازم هذا أنّه لو أقرّ أنّه دين لزم من معاملتهما معاً يلزم بالجميع لا بالنصف، إلّا إذا صدّقه شريكه.

وعلىٰ كلٍّ، فتحرير البحث: أنّه لا يجوز لأحد الشريكين في شركة

← قارن: البحر الرائق ٥:١٧٨ و١٧٩، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٣ ـ ٣٢٤، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٦.

(١) وردت المادّة بالصيغة التالية في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٢ ـ ١٦٣:

(لا يسري إقرار أحد الشريكين شركة عنان بدين في معاملاتها علىٰ الآخر.

فعليه إذا أقرّ بأنّ ذلك الدين إنّما لزمه بعقده ومعاملته فقط فيلزمه إيفاؤه بتمامه.

وإن أقرّ بأنّه دين لزم من معاملتهما معاً فيلزمه أداء نصفه.

وإن أقرّ بأنّه دين لزم من معاملة شريكه فقط فلا يلزم شيء).

انظر: المغني ٥:١٣١، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٢ و٣٢٤، حاشية ردّ المحتار ٤:٣١٩.

(٢) تقدّم في ص٤٧٦ و٤٩٠.

العنان التي لا يصحّ عندنا غيرها التصرّف في المال المشترك إلّا بإذن صاحبه.

فإن كان الإذن لواحد منهما فقط لم يجز التصرّف للثاني، وإن أذن كلٌّ منهما للآخر صحّ لكلٍّ منهما التصرّف بمقدار الإذن مطلقاً أو مقيّداً انفراداً أو اجتماعاً.

فلو أذن كلٌّ منهما للآخر بالتصرّف مطلقاً ومنفرداً بإقراره بالعين أو الدين يمضي علىٰ الآخر إذا أقرّ أنّه دين علىٰ الشركة أو العين قد باعها وقبض ثمنها للشركة، وإلّا لم يمض إقراره إلّا علىٰ نفسه.

نعم، لو أطلق أحدهما الأذن للآخر ولم يقيّده بنحو مخصوص لزمه أن يقتصر علىٰ ما هو المتعارف عند التجّار في بلده وزمانه، كما في المضاربة علىٰ ما سيأتي[1]، ولو تجاوز فخسر ضمن.

---

(١) سيأتي في أوائل الجزء الرابع إن شاء الله.

المبحث الثاني

في بيان مسائل عائدة إلىٰ شركة الأعمال

هذا المبحث والذي بعده لا وجه لدخولهما في هذا الفصل أصلاً؛ ضرورة أنّ الفصل معقود لشركة العنان، وهي شركة الأموال، فما وجه دخول شركة الأعمال والوجوه فيه؟!

(مادّة: ١٣٨٥) شركة الأعمال عبارة عن: عقد شركة علىٰ تقبّل الأعمال.

فالأجيران المشتركان يعقدان الشركة علىٰ تعهّد والتزام العمل... إلىٰ آخرها[١].

قد يعبّر عن هذه الشركة عندنا بشركة الأبدان[٢]. ولها صورتان:

الأُولىٰ: ما ذكرته (المجلّة) من تعهّد الشريكين بعمل تكون أُجرته لهما متساويين أو بالتفاضل.

---

(١) تكملة المادّة بالنصّ الآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٣:

(الذي يطلب ويكلّف من طرف المستأجرين سواء كانا متساويين أو متفاضلين في ضمان العمل. أي: سواء عقدا الشركة علىٰ تعهّد العمل وضمانه متساوياً أو شرط ثلث العمل لأحدهما وثلثين للآخر).

راجع: البحر الرائق ٥: ١٨١، الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٢٨، حاشية ردّ المحتار ٤: ٣٢١ ـ ٣٢٢.

(٢) لاحظ: الرياض ٩: ٣٢١ و٣٢٢، العروة الوثقىٰ ٢: ٤٧٦.

الثانية: أن يتعاقدا علىٰ أن يعمل كلّ واحد علىٰ حسابه مستقبلاً ثمّ يجمعان ما يرد لهما ويقتسمانه بالتساوي أو التفاضل حسب الاتّفاق.

وكلاهما عندنا باطلان(١)، ولكلّ واحد أُجرته لنفسه.

نعم، يمكن تصحيحه بالصلح، كما سبق(٢).

وكلّ هذه الفروض والأمثلة المذكورة في (المجلّة) لا تصحّ عندنا بعقد الشركة، وإنّما تصحّ بالصلح فقط.

وكل مواد هذا الفصل(٣) صحيحة علىٰ مباني القوم، وهي واضحة

---

(١) قارن المصدرين المتقدّمين.

(٢) سبق في ص٤٧٤.

(٣) نصوص هذه المواد كالآتي في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٣ ـ ١٦٤:

(مادّة: ١٣٨٦) يجوز لكلّ واحد من الشريكين أن يتقبّل العمل ويتعهّده، ويجوز أيضاً أن يتقبّل أحدهما العمل ويعمل الآخر، ويجوز أيضاً للخيّاطين المشتركين في شركة صنائع أن يتقبّل أحدهما الأقمشة وقصّها وأن يخيطها الآخر.

(مادّة: ١٣٨٧) كلّ واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبّل العمل. فلذلك يلزم إيفاء العمل الذي تقبّله أحدهما عليه وعلىٰ شريكه أيضاً.

وعليه فشركة الأعمال عناناً في ضمان العمل في حكم المفاوضة، فللمستأجر أن يطلب إيفاء العمل الذي تقبّله أحد الشريكين من أيّهما شاء، ويكون كلّ واحد منهما [ملزماً] علىٰ إيفاء ذلك العمل، وليس لأحدهما أن يقول: إنّ هذا العمل يقبله شريكي فلا دخل لي به.

(مادّة: ١٣٨٨) شركة الأعمال عناناً في خصوص اقتضاء البدل في حكم المفاوضة أيضاً. أي: أنّ لكلّ واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بكلّ الأُجرة، وإذا دفعها المستأجر لأيّهما يبرأ.

(مادّة: ١٣٨٩) غير مجبر أحد الشريكين علىٰ إيفاء ما تقبّله من العمل بالذات، فإن شاء

←

....

← عمله بنفسه، وإن شاء أعمل شريكه أو شخصاً آخر.
لكن إن شرط المستأجر عمله بالذات فليزمه حينئذٍ عمله بذاته، انظر (مادّة: ٥٧١).
(مادّة: ١٣٩٠) يقسم الشريكان الربح بينهما على الوجه الذي شرطاه.
يعني: إن شرطا تقسيمه متساوياً فيقسمانه على التساوي، وإن شرطا تقسيمه متفاضلاً كالثلث والثلثين ـ مثلاً ـ فيقسم حصّتين وحصّة.
(مادّة: ١٣٩١) إذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب جاز.
مثلاً: إذا شرط الشريكان أن يعملا متساويين وأن يقسما الربح حصّتين وحصّة جاز؛ لأنّه يجوز أن يكون أحدهما أمهر في الصنعة وأجود في العمل.
(مادّة: ١٣٩٢) الشريكان يستحقّان الأُجرة بضمان العمل.
فلذلك إذا لم يعمل أحدهما لمرضه، أو لذهابه إلىٰ محلٍّ، أو لقعوده عن العمل، فعمل شريكه فقط، فيقسم الكسب والأُجرة الحاصلة على الوجه الذي شرطاه أيضاً.
(مادّة: ١٣٩٣) إذا أُتلف وتعطّل المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين فيضمنه مع شريكه بالاشتراك، وللمستأجر أن يضمّن ماله لأيّهما شاء ويقسّم هنا الخسار بين الشريكين بنسبة مقدار الضمان.
مثلاً: إذا عقدا الشركة على تقبّل الأعمال وتعهّدها ثلثاً وثلثين فيقسّم الخسار حصّتين وحصّة.
(مادّة: ١٣٩٤) عقد الحمّالين الشركة على أن يكونوا مشتركين في التقبّل والعمل صحيح.
(مادّة: ١٣٩٥) إذا عقد اثنان الشركة على أن يتقبّلا العمل وعلى أن يكون الحانوت من أحدهما والأدوات والآلات من الآخر يصحّ.
(مادّة: ١٣٩٦) إذا عقد اثنان شركة صنائع على أن تكون الوكالة من أحدهما والعمل من الآخر صحّ، انظر (مادّة: ١٣٤٦).
(مادّة: ١٣٩٧) لو كان لأحد بغلة ولآخر بعير وعقدا شركة أعمال على أن يتقبّلا ويتعهّدا متساوياً نقل الأحمال عليهما صحّ ويقسم الكسب والأُجرة الحاصلة بينهما مناصفة، لا ينظر إلى كون حمل الجمل أزيد؛ لأنّ الشريكين يستحقّان البدل في شركة الأعمال بضمان العمل.

←

وعباراتها منسجمة.

نعم:

(مادّة: ١٣٩٨) إذا عمل شخص في صنعته هو وابنه الذي في عياله فكافّة الكسب لذلك الشخص، وولده يعدّ معيناً له.

كما إذا أعان شخصاً ولده الذي في عياله حال غرسه شجرة، فتلك الشجرة للشخص، ولا يكون ولده مشاركاً له[1].

قد عرفت غير مرّة أنّ عمل المسلم محترم[2]، فإن ظهر من الولد أنّه يعمل لأبيه مجّاناً أو كان هناك عرف عامّ أو خاصّ يقضي بهذا الظهور فهو، وإلّا فهو مشكل.

بل يجوز للولد مطالبة أبيه بأُجرة عمله أو مشاركته بالشجرة، إلّا أن

← لكن إذا لم تعقد الشركة علىٰ تقبّل العمل بل اشتركا علىٰ أن يؤجّر البغلة والبعير عيناً وعلىٰ تقسيم الأُجرة الحاصلة بينهما فالشركة فاسدة، وإذا أجّر ـ أي: البغلة أو الجمل ـ فتكون أُجرته إلىٰ صاحبه.

لكن إذا أعان أحدهما الآخر في التحميل والنقل يأخذ أجر مثل عمله.

ولهذه المواد قارن: البحر الرائق ٥: ١٨١ ـ ١٨٣، الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٢٨ ـ ٣٣١ و٣٣٣، مجمع الأنهر ١: ٧٢٦ ـ ٧٢٧، حاشية ردّ المحتار ٤: ٣٢٢ ـ ٣٢٣.

(١) وردت المادّة بالنصّ التالي في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٤:

(إذا عمل أحد في صنعة مع ابنه الذي في عياله فكافّة الكسب لذلك الشخص، ويعدّ ولده معيناً. كما أنّه إذا غرس أحد شجراً فأعانه ولده الذي في عياله فيكون الشجر لذلك الشخص، ولا يشاركه ولده فيه).

انظر الفتاوىٰ الهندية ٢: ٣٢٩.

(٢) كمثال علىٰ ذلك راجع ج ١ ص ٢٥٠.

يكون قد قصد في نفسه المجّانية، فلا حقّ له بالمطالبة.

وكونه في عياله لا يقتضي سقوط حرمة أعماله، إلّا أن يشترط عليه أبوه ذلك.

المبحث الثالث

في بيان المسائل العائدة إلىٰ شركة الوجوه

(مادّة : ١٣٩٩) كون حصّة الشريكين علىٰ التساوي في المال المشترى ليس بشرط . . . الخ[١].

عرفت أنّ شركة الوجوه الباطلة عندنا الصحيحة عند القوم هي عبارة عن : العقد بين اثنين علىٰ أن يشتريا بالذمّة ويبيعا ويقتسما الربح بعد أن يدفعا أصل الثمن إلىٰ الغرماء الدائنين[٢] .

وعليه فهي تدور مدار الاتّفاق بينهما ، والشرط من حيث التساوي ، والتفاضل في الربح والخسار ، ومن حيث من يتولّىٰ البيع والشراء ، والمال الذي يشترى به ويباع ، وغير ذلك من شؤون هذه المعاملة .

ولكنّها تتقوّم بضمان الشريكين ثمن ما يشتريان من الأموال . وبهذه الحيثية يستحقّ كلّ واحد منهما حصّة في الربح ، ولكن بنسبة ضمانه وحصّته

---

(١) وردت المادّة بالصيغة الآتية في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٤ :

(لا يشترط التساوي في حصّة الشريكين في المال المشترى مثلاً ، فكما يجوز أن يكون ما اشترياه من المال مناصفة بينهما ، يجوز أن يكون ثلثين وثلثاً) .

راجع : الفتاوىٰ الهندية ٢ :٣٢٧ ، مجمع الأنهر ١ :٧٢٧ ، تكملة البحر الرائق ٨ :١٨٣ ، حاشية ردّ المحتار ٤ :٣٢٣ .

(٢) عرفت ذلك في ص ٤٧٤ .

في الشراء.

فلو كان الشراء لهما علىٰ المناصفة فالربح بينهما كذلك.

ولا يصحّ أن يكون الشراء علىٰ المناصفة والربح مثالثة، كما في: **(مادّة: ١٤٠٢)**[1].

وكذا يتوزّع الخسران عليهما بتلك النسبة، فلا يسوغ أن يكون الشراء

---

(١) في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٥ وردت المادّة بصيغة:

(تكون حصّة كلّ واحد من الشريكين في الربح بقدر حصّته في المال المشترى، فإذا شرط لأحدهما زيادة عن حصّته في المال المشترىٰ فالشرط لغو، ويقسّم الربح بينهما بنسبة مقدار حصّتهما في المال المشترىٰ.

مثلاً: إذا شرط أن تكون الأشياء المشتراة مناصفة فيكون الربح أيضاً مناصفة، وإن شرط أن تكون ثلثين وثلثاً فيكون الربح أيضاً ثلثين وثلثاً.

ولكن إذا شرط تقسيم الربح ثلثاً وثلثين مع كونه قد شرط أن تكون الأشياء المشتراة مناصفة فلا يعتبر هذا الشرط، ويقسّم الربح بينهما مناصفة).

والمذكور في هذه المادّة هو رأي الحنفية، وكذلك القاضي وابن عقيل من الحنابلة.

والمذهب عند الحنابلة: أنّ الربح في شركة الوجوه يكون علىٰ حسب ما اتّفقا عليه؛ لأنّ الشريكين شركة وجوه يتّجران، والتجارة عمل يتفاوت كيفاً كما يتفاوت كمّاً ويختلف باختلاف القائمين به نشاطاً وخبرة، فالعدالة أن تترك الحرّية للمتعاقدين ليقدّرا كلّ حالة بحسبها حتّىٰ إذا اقتضت التفاوت في الربح لم يكن عليهما من حرج في التشارط عليه وفق ما يريان.

نظيره لنفس هذا المدرك شركات العنان الأُخرىٰ والمضاربة؛ إذ يكفي فيهما أن يكون الربح بين مستحقّيه بنسبة معلومة علىٰ التساوي أو التفاوت بالغاً ما بلغ هذا التفاوت.

لاحظ: المغني ٥:١٢٣ و١٤١، الفروع لابن مفلح ٤:٤٠٣، الفتاوىٰ الهندية ٢:٣٢٧، مجمع الأنهر ١:٧٢٧، تكملة البحر الرائق ٨:١٨٣، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٢٣.

بينهما مثالثة والخسار والربح بينهما مناصفة، كما في: (**مادّة: ١٤٠٣**)[1].

هذا خلاصة مواد هذا الفصل، ولكنّ الأحكام المذكورة كلّها استحسانية واعتبارية لا تستند على دليل راسخ.

ومقتضى القواعد العامّة ـ بعد عدم الدليل الخاصّ في المقام ـ أنّه يصحّ كلّ ما يتّفقان عليه ويتراضيان به بالشرط.

وما المانع أن يجعلا الربح مناصفة والشراء أثلاثاً، أو يدخل أحدهما في الربح ولا يتحمّل شيئاً من الخسران؟! فليتدبّر.

ثمّ إنّه قد بقيت أبحاث مهمّة في أحكام عقد الشركة لم توضحها مواد (المجلّة) يلزم التنبيه عليها؛ للإحاطة بهذا الموضوع من جميع أطرافه:

الأوّل: أن عقد الشركة جائز كما عرفت[2]، فيجوز لكلٍّ منهما الرجوع فيه والمطالبة بالقسمة عروضاً كان المال أو نقداً، وليس لأحدهما المطالبة بإقامة رأس المال، بل يقتسمان الأعيان الموجودة إذا لم يتّفقا على البيع.

---

(١) وصيغتها ـ على ما في مجلّة الأحكام العدلية ١٦٥ ـ هي:

(يقسم الضرر والخسارة في كلّ حال بنسبة مقدار حصّة الشريكين في المال المشترى، سواء باشرا عقد الشراء معاً أو باشره أحدهما فقط.

مثلاً: إذا تضرّر شريكا شركة وجوه في بيعهما وشرائهما، فإذا كانا عقدا الشركة على أن يكون المال المشترى مناصفة بينهما فيقسم الضرر والخسار بالتساوي أيضاً، وإذا عقد الشركة على كون الحصّة في المال المشترى ثلثين وثلثاً يقسم الضرر والخسار أيضاً ثلثين وثلثاً، سواء اشتريا المال الذي خسرا فيه معاً أو اشتراه أحدهما للشركة فقط).

قارن: مجمع الأنهر ١:٧٢٧، تكملة البحر الرائق ٨:١٨٣، حاشية ردّ المحتار ٤:٣٢٣.

(٢) عرفت ذلك في ص٤٨٨.

ولو شرطا فيه عدم الفسخ إلىٰ مدّة معيّنة كان حكمه حكم الشروط في العقود الجائزة.

ولا يبعد لزومها، كما لو شرط ذلك في عقد لازم.

وبعد الأمد لا يتصرّف أحدهما بالمال المشترك إلّا بإذن جديد من الآخر سواء قلنا باللزوم أو عدمه.

الثاني: أنّ هذا العقد ـ كسائر العقود الجائزة ـ يبطل بموت أحدهما أو موتهما أو جنونه أو إغمائه أو فلسه أو سفهه، فلا يجوز للآخر التصرّف.

ولكن لا تزول الإشاعة إلّا بالقسمة.

الثالث: الشريك المأذون بالتصرّف أمين لا يضمن ما يتلف بيده، إلّا بالتعدّي أو التفريط.

ويقبل قوله بالتلف بسبب خفي أو ظاهر، وفي عدم الخيانة والتفريط، وفي قصد أنّه لنفسه أو للشركة بيمينه.

الرابع: إذا باع الشريكان المال المشترك بعقد واحد علىٰ مشترٍ واحد أو متعدّد، وقبض أحدهما من ثمنه شيئاً، فإن كان القابض وكيلاً عن شريكه في القبض أو مطلقاً فهو لهما بلا إشكال، وإن لم يكن وكيلاً فالثمن إمّا أن يكون عيناً شخصية أو كلّياً.

ففي الأوّل إن قبض الثاني حصّته منها أو أجاز قبض شريكه برِئت ذمّة الدافع، وإلّا فحصّته من العين مضمونة لو تلفت، وله الرجوع ببدلها مخيّراً بين الرجوع علىٰ الدافع أو القابض علىٰ قاعدة: (توارد الأيادي).

وإن كان الثمن كلّياً ولم يكن القابض وكيلاً حسب الفرض فإن دفع الثمن أجمع كان قبض الشريك لحصّة شريكه فضولياً، فإن أجاز أو قبض فلا إشكال، وإلّا فله الرجوع بها على القابض ـ وإن كانت موجودة ـ وعلى الدافع.

أمّا لو تلفت تعيّن رجوعه على الدافع المديون.

وإن دفع حصّة القابض فقط فإن كان متمرّداً ممتنعاً أو جاحداً للآخر تخيّر الشريك الآخر بين المشاركة في المقبوض بناءً على أنّ الدين المشترك لايتعيّن بتعيين المديون ولا تصحّ القسمة فيه، بل المقبوض لهما والتالف عليهما كما هو الأصحّ، وبين الرجوع على الدافع.

وإن لم يكن ممتنعاً بل [كان] عازماً على الوفاء فهل له المشاركة في المقبوض أو يختصّ بالقابض؟

قولان، المشهور على الأوّل[1]، ووجهه ما عرفت.

وخالفهم جماعة بناءً على أنّ بتعيين الغريم يتعيّن حقّ كلٍّ منهما[2].

والأوّل أقوى، وتخييره غير بعيد.

---

(١) نُسب للمشهور في المسالك ٤: ٣٣٧ و٣٣٨.

ولاحظ: جواهر الفقه ٧٣، الكافي في الفقه ٣٤٤، الخلاف ٣: ٣٣٦، المبسوط ٢: ٣٥٨، النهاية ٣٠٨، الوسيلة ٢٦٣.

(٢) كابن إدريس في السرائر ٢: ٤٠٢.

وقوّاه: المحقّق الكركي في جامع المقاصد ٨: ٣٩، والشهيد الثاني في المسالك ٤: ٣٣٨. ووصفه العلّامة الحلّي بأنّه ليس بعيداً من الصواب في المختلف ٦: ١٩٩.

هذا كلّه عند حلول الحقّين.

فلو كان أحدهما مؤجّلاً لم يشارك صاحب الحقّ المعجّل إذا قبض بلا إشكال.

وهذا التفصيل والبيان الوافي المستوعب يجري في كلّ مال مشترك، كالدين الموروث وإتلاف المال المشاع، وغيرهما.

ويمكن التخلّص بمصالحة كلّ واحد منهما عن حقّه، فيختصّ بما يقبض أو بالإبراء أو الاستيهاب معوّضاً أو غير ذلك.

انتهىٰ الجزء الثالث

حسب تجزئتنا

من

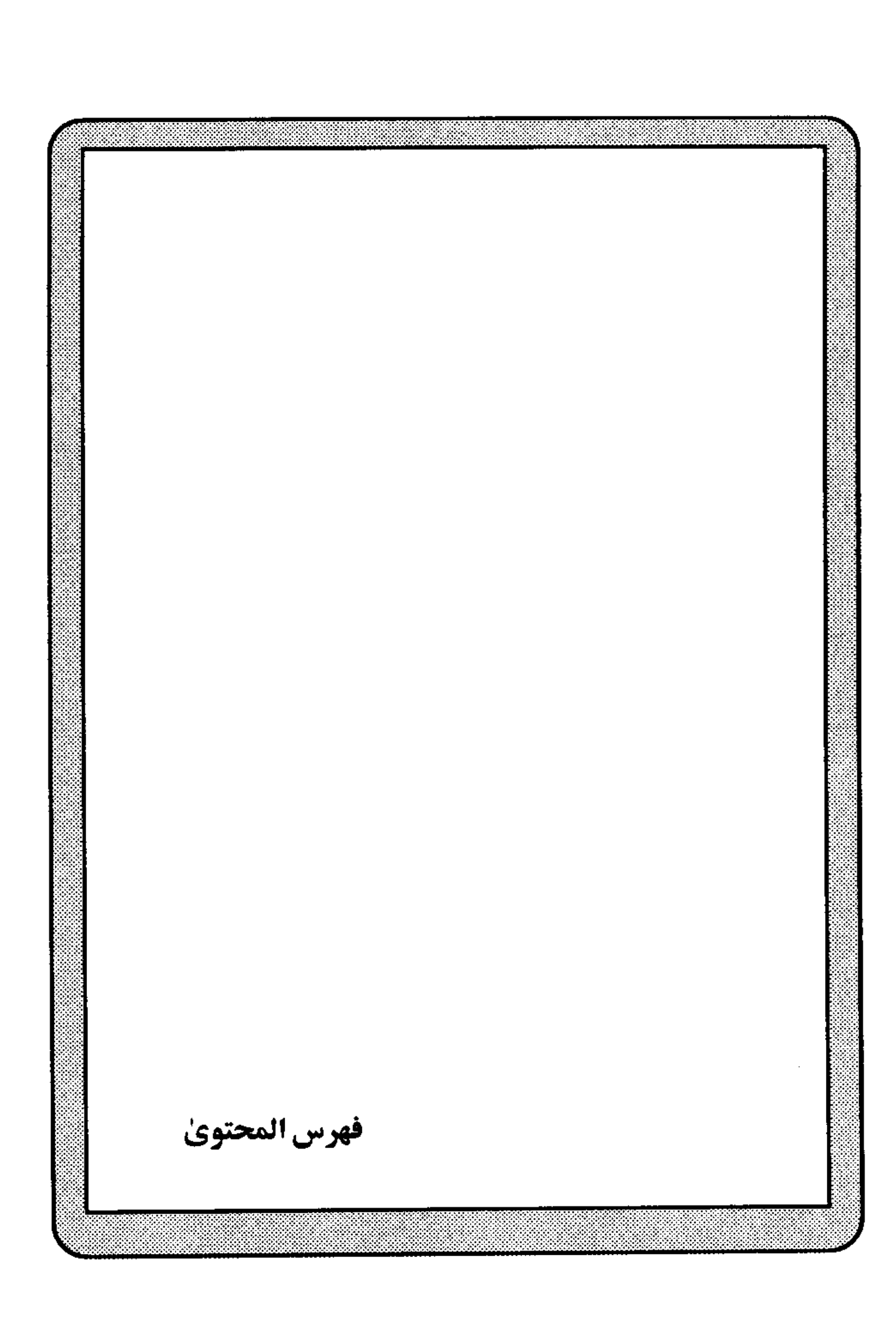
تحرير المجلّة

ويليه

الجزء الرابع

وأوّله

في بيان المضاربة



فهرس المحتوى

فهرس المحتوىٰ